

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE RACHAT DES CONCESSIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 18 décembre 1942, à 14 heures

PAR

François LECOMTE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. MESTRE, *Professeur*

Suffragants : MM. WALINE, *Professeur*

LAMPUÉ, *Professeur*

PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE LAHURE

1942

LE RACHAT DES CONCESSIONS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE RACHAT DES CONCESSIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 18 décembre 1942, à 14 heures

PAR

François LECOMTE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. MESTRE, Professeur

*Suffragants : MM. WALINE, Professeur
LAMPUÉ, Professeur*

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE LAHURE

1942



INTRODUCTION

Bien que l'Administration ait une compétence très étendue, elle n'a pas le monopole du bien public; pour assurer la gestion d'entreprises d'intérêt collectif, nous trouvons des particuliers, individus ou collectivités. Cette gestion par un particulier d'un service public organisé est la concession de service public.

L'exploitation d'un service public, qui normalement serait de la compétence d'une Administration publique, en est détachée et confiée à un individu, ou plutôt à une Compagnie privée. La concession, comme mode de gestion des services publics, joue un rôle de premier plan dans la vie administrative; la plupart des services publics industriels et commerciaux sont, à l'heure actuelle, confiés à des Compagnies concessionnaires : par exemple, les entreprises de transports ferroviaires, aériens, maritimes, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité sont exploitées sous ce régime.

La concession de service public est une institution relativement récente, le dernier terme d'une longue évolution qu'a traversée une vieille institution : la concession de travaux publics. Celle-ci est un mode d'exécution des travaux publics par lequel le concédant confie à un particulier la construction dudit travail, moyennant le droit pour le concessionnaire d'exploiter à son profit pendant

un temps donné le service public en vue duquel le travail public a été construit. De ces deux éléments, le premier devait diminuer au profit du second; et alors, dans la jurisprudence, la notion de concession devint le mode de gestion de service public, ne comportant qu'accessoirement l'exécution d'un travail ou la construction d'un ouvrage (1).

La dénomination nouvelle de concession de service public, consacrée depuis longtemps par la loi, est adoptée par les auteurs (2).

En résumé, la concession de service public est « l'acte par lequel un particulier s'engage à assurer, à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public, moyennant une rémunération consistant normalement dans les profits qu'il tirera de l'exploitation du service, généralement des taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service » (BLONDEAU).

AVANTAGES DE LA CONCESSION

Le premier avantage est que, s'il y a un ouvrage à construire, les frais n'incombent pas à l'Etat, au département ou à la commune. Si le service public avait dû être exploité en régie, l'Administration n'aurait eu que deux moyens pour payer les frais d'installation et d'organisation : l'impôt, mais ce serait faire supporter à une seule génération les dépenses à effectuer; ou l'emprunt, qui est toujours une lourde charge financière.

(1) Conseil d'Etat, mars 1910, THÉRON, Rec. p. 194. — 16 décembre 1921, SASSEY, Rec. p. 1062.

(2) Loi du 5 avril 1884, art. 115. Décret du 31 mai 1910, art. 381.

Avec la concession, le concédant n'a aucun frais à supporter.

Le deuxième avantage est qu'en fin de concession, les ouvrages, l'installation, vont faire retour gratuitement au concédant; c'est un avantage différé, mais certain, puisque l'Administration ne meurt pas.

Le dernier avantage est que, pendant le temps de la concession, le service public va fonctionner sans avoir à craindre les aléas. Le concessionnaire doit les supporter, puisqu'ils vont légitimer les gains qu'il peut faire.

INCONVÉNIENTS

En contre-partie de ces avantages, le régime de la concession comporte des inconvénients de poids :

1° Le premier consiste dans le fait que le concessionnaire va essayer de tirer le maximum du public; il le considère comme taillable et corvéable à merci; il va chercher le tarif « optimum », non pas maximum : c'est-à-dire le tarif le plus élevé payé par le public le plus nombreux. Pour éviter que l'usager soit trop pressuré, le concédant devra surveiller le concessionnaire, tant techniquement que financièrement.

2° Le concessionnaire, d'autre part, s'efforce dans les dernières années de la concession, de ne plus rien dépenser, quitte à rendre un matériel hors d'usage; il faut, là aussi, un contrôle de l'Administration.

3° Enfin, à cause de ces surveillances nombreuses, des difficultés s'élèveront; si le contrôle est trop strict, il y aura, ou dualité de direction, ou paralysie du concessionnaire.

Sous l'influence de ces idées, le régime de la concession a évolué au cours du XIX^e siècle et fut très attaqué. La concession de service public, sous sa forme la plus récente, comportant pour l'Administration les pouvoirs de contrôle et de réglementation les plus étendus, pour le concessionnaire la garantie financière des risques de l'entreprise, se distingue à peine de l'exploitation en Régie intéressée (1).

En présence de cette évolution, des auteurs ont diagnostiqué une « crise du contrat de concession » : la concession, procédé de gestion d'un service public, tendrait à disparaître devant la Régie simple ou intéressée. L'autonomie du concessionnaire, dit-on, n'existe plus que dans les principes; sous une façade d'indépendance, l'Administration s'est pratiquement annexé la direction du service; la transformation s'est même réalisée intégralement pour de nombreux services par le rachat des concessions : ce sont notamment la plupart des réseaux d'intérêt local, qui sont exploités en régie par les départements.

Seulement, il ne semble pas que la concession ait disparu complètement; elle subsiste toujours sous forme de concession mitigée avec l'actionnariat administratif.

Parmi les très nombreuses questions que pose l'étude des concessions de service public, il convient de faire une part importante aux modes de liquidation des concessions, et particulièrement au rachat qui fera l'objet de cette étude.

(1) HAURIOU, note sous arrêt du Conseil d'Etat (Cie Générale d'Eclairage de Bordeaux contre Ville de Bordeaux), 30 mars 1916 : « Le type de concession vers lequel on s'achemine est celui de la régie intéressée, qui est une sorte de métayage où les bénéfices sont partagés, mais aussi les risques ».

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS GÉNÉRALES

1^{re} SECTION

L'Administration peut-elle mettre fin à tout moment au contrat de concession ?

Le principe fondamental qui domine en général la théorie de l'exécution des contrats de l'Administration est celui-là même qui domine le droit moderne civil : c'est le respect de la parole donnée. Les parties contractantes sont obligées d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi dans les conditions où elles ont été stipulées.

Dans les contrats administratifs, le fait que le contractant devient, dans une certaine mesure, le collaborateur de l'Administration pour le fonctionnement d'un service public, a une conséquence principale. Le fournisseur ou l'entrepreneur, obligé envers l'Administration par un contrat administratif, doit exécuter ses obligations suivant certaines règles plus strictes que celles qu'on appliquerait s'il n'était lié que par un contrat de droit privé.

L'intérêt général du fonctionnement régulier du service public exige une interprétation plus rigoureuse des obligations de l'entrepreneur ou du fournisseur.

Il y a là une règle essentielle de l'exécution des contrats administratifs. L'intérêt général du fonctionnement régu-

lier du service public ne doit pas être compromis par l'intérêt privé du contractant.

De son côté, l'Administration est obligée envers le contractant.

Cette idée est à la base des règles spéciales qui dominent l'exécution des obligations des contrats administratifs. Ces règles dérivent des principes de justice et d'équité telles que la parole donnée doit être respectée; celui qui commet une faute dans l'exécution de ses obligations doit en supporter les conséquences; les clauses d'un contrat doivent être interprétées et exécutées raisonnablement d'après la commune intention des parties, sans s'attacher trop étroitement au sens littéral des termes employés.

Mais il ne faut pas appliquer par analogie les règles édictées par les Codes de Droit Privé aux contrats administratifs qui, au premier abord, ressemblent à certains contrats de droit privé, mais qui, en réalité, sont des contrats différents.

En droit privé, aucun contrat ne ressemble au contrat de concession de service public (1).

Pourtant, certains juristes ont parfois eu la tentation de chercher dans le droit privé un contrat analogue en vue d'en tirer des règles juridiques applicables au contrat administratif (2).

(1) CHARDENET (Conclusions Conseil d'Etat, 30 mars 1861, Société du Gaz de Bordeaux, Recueil Lebon, p. 128 : « Le contrat de concession est un contrat d'ordre essentiellement administratif, qui n'a pas d'analogie dans le droit civil »).

(2) PICHAT (Conclusions Conseil d'Etat, 4 mars 1910, THÉRON, Recueil, p. 194 : « Le contrat de concession de service public est le contrat de louage de service des articles 1710, 1779 et 1768 du Code Civil ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession ». C'est une erreur certaine, Gaston JÈZE : « *Les principes généraux du droit administratif* (3^e éd., III, 1926, p. 348).

Dans la matière, la notion de droit public est une notion nécessaire. Même dans les pays qui n'ont pas un droit administratif perfectionné du type français, les idées développées plus haut sont prédominantes et appliquées par les tribunaux judiciaires.

Lorsque l'Administration conclut un contrat pour le fonctionnement d'un service public, elle fixe avec soin l'étendue des prestations que le contrat devra fournir. Mais par cela même qu'il s'agit d'un service public, dont les besoins peuvent varier en cours d'exécution du contrat portant très souvent sur une longue période, la question se pose de savoir si les prestations fixées au contrat le sont d'une manière immuable. Si, après la conclusion du contrat, l'Administration, pour donner plus complètement satisfaction aux besoins du service public, est amenée à envisager une modification en plus ou en moins de l'étendue des prestations du contractant, le contractant peut-il s'y opposer en invoquant la clause du contrat relative aux prestations à fournir ?

Exemple : un service public est concédé avec une certaine organisation et en vue d'un certain fonctionnement, établi en tenant compte de certains besoins à satisfaire, les actes de concession sont toujours de longue durée (50, 75, 99 ans) ; en cours de concession, si la situation économique change, l'organisation du service doit être modifiée pour qu'elle donne satisfaction aux besoins publics nouveaux. Le contrat de concession sera-t-il un obstacle ? Le contractant pourra-t-il invoquer son contrat pour s'opposer à la modification ? La Compagnie concessionnaire d'un chemin de fer, d'un tramway, d'une distribution d'électricité, d'eau, de gaz, l'entrepreneur d'un travail public, pourront-ils, en s'appuyant sur leur

contrat, empêcher la modification envisagée par l'Administration ?

Mais il faut pousser encore plus loin le problème. Il se peut que, en cours d'exécution du contrat administratif, l'Administration constate qu'il y ait lieu de supprimer le service public concédé ou de changer radicalement le mode d'exploitation, de substituer la régie à la concession. L'Administration peut-elle mettre fin au contrat ? Ne trouve-t-elle pas un obstacle dans le contrat de concession ?

La même question se pose pour un travail public; en cours d'exécution, l'Administration constate que le travail est devenu inutile. Par exemple, un nouveau tracé de route doit remplacer l'ancien.

Il en est de même pour un marché de fournitures à prestations multiples quand les besoins du service public viennent à disparaître complètement. L'Administration ne peut-elle pas mettre fin au contrat, sans que le contractant puisse s'y opposer ?

En résumé, l'Administration a-t-elle le pouvoir de mettre fin à tout moment à l'exécution du contrat administratif ?

2^e SECTION

Idées dominantes pour la solution du problème.

Le contrat administratif est toujours contracté pour assurer le fonctionnement d'un service public. Le contractant est essentiellement un collaborateur au fonctionnement du service public; l'intérêt général du fonctionnement régulier et continu de ce service l'emporte sur l'intérêt particulier du contractant.

Ces idées fondamentales dominent toutes les obligations résultant du contrat administratif. C'est ainsi que M. CORNEILLE (1), dans un arrêt du Conseil d'Etat, déclare : « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même du service public, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier, il ne cherche pas à gérer des intérêts individuels; il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les exigences du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors, toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire, un contractant du code civil ou du code de commerce. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun : c'est la logique, et par suite c'est le droit. De là est née l'idée qui est à la base de tout le droit administratif moderne qu'il y a dans le contrat de service public une situation différente de celles qui font l'objet du titre des obligations du code civil, situation qui doit se traduire par des différences de principes ».

Il faut donc conclure que l'Administration a le pouvoir d'apporter en cours d'exécution les modifications qu'elle estime nécessaires au bon fonctionnement du service public pour lequel a été passé le contrat administratif.

Ce pouvoir doit consister non seulement à augmenter ou à diminuer l'étendue des prestations à fournir par le contractant, mais à mettre fin à ces prestations elles-mêmes. Il serait absurde que l'Administration continuât à faire fonctionner pendant des années un service public

(1) Conclusions Conseil d'Etat, 8 février 1918, Société d'Eclairage de Poissy, R. D. P., 1918, p. 237.

devenu inutile ou à maintenir une administration devenue inadéquate ou à recevoir des prestations inutiles au service public. Il y aurait une perte économique injustifiable, une pétrification intolérable des services publics, un gaspillage des deniers publics (1).

L'intérêt général du service public peut donc l'emporter sur l'intérêt privé du contractant. Celui-ci ne peut opposer à l'Administration que son intérêt privé, qui n'est pas suffisant pour entraver le fonctionnement régulier du service public. Le contractant n'a pas le droit d'imposer une prestation dans des conditions qui ne correspondent plus aux besoins du service public.

Cependant, tout cela n'existe qu'à la condition essentielle que l'intérêt privé du contractant ne soit pas sacrifié. Le droit de l'Administration de faire passer l'intérêt général avant l'intérêt privé du contractant est incontestable, mais l'intérêt privé de ce dernier est légitime; s'il était sacrifié purement et simplement, le contractant subirait sans compensation une expropriation de son droit pour cause d'utilité publique.

C'est contraire à l'équité, au principe fondamental du droit public moderne, à l'égalité des individus devant les charges publiques. Du reste, si l'Administration pouvait sacrifier purement et simplement les contractants au nom de l'intérêt général, elle n'en trouverait bientôt plus, ou bien elle devrait accepter alors des conditions très dures exigées en prévision de ces sacrifices.

La solution correcte du problème consiste donc à reconnaître à l'Administration le pouvoir de mettre fin au contrat et à allouer au contractant une indemnité pécuniaire représentative de tout le préjudice subi par

(1) Cf. M. JÈZE, Contrats Administratifs, tome I (1936).

celui-ci. Cette indemnité est donc nécessaire et suffisante.

Le contractant n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'Administration pour savoir si le contrat doit être continué; il est un entrepreneur qui a fait une affaire destinée à lui procurer un bénéfice pécuniaire; du moment que le bénéfice prévu lui est assuré, tous ses intérêts légitimes sont sauvegardés.

La question se pose ensuite de savoir si des clauses expresses du contrat peuvent modifier d'une manière quelconque ces principes, et en particulier les écarter complètement ?

1° Toutes les fois qu'il s'agit d'un contrat administratif à longue durée (concession de service public), l'Administration ne peut pas à l'avance renoncer à son droit de suppression, parce qu'elle ne peut pas savoir ce qu'exigera le fonctionnement du service public. Le pouvoir de l'Administration de supprimer l'étendue des prestations par la résiliation du contrat est une règle d'ordre public, à laquelle la convention des parties ne peut pas déroger. Toute clause du contrat qui s'analyserait en une limitation directe de ce pouvoir est nulle d'ordre public; l'exercice de la compétence de l'Administration pour le bon fonctionnement du service public est inaliénable.

2° Ce qui peut faire l'objet d'une convention expresse, c'est la situation juridique du co-contractant, pour le cas où l'Administration userait de son pouvoir de résiliation. Sur ce point, la liberté des parties est entière. On pourra déterminer exactement les éléments du calcul de l'indemnité à allouer au contractant; soit écarter toute indemnité, soit fixer une indemnité forfaitaire, soit

limiter l'indemnité aux dommages réellement éprouvés (*damnum emergens*), à l'exclusion du bénéfice manqué (*lucrum cessans*), soit étendre l'indemnité aux bénéfices manqués, etc...

La convention des parties pourra ainsi fixer des délais et prescrire des formalités pour que le contractant fasse valoir ses droits contre l'Administration.

3^e SECTION

Moyens de mettre fin à la concession.

En résumé, la question de la fin de la concession se pose pour toute concession de service public; car les concessions sont toujours temporaires; il ne peut y avoir de concessions perpétuelles et définitives. C'est une règle absolue qui ne supporte pas de dérogation. Les raisons de ce caractère temporaire de la concession et les moyens par lesquels il se réalise sont les suivants :

A) LES RAISONS : Le caractère temporaire se fonde sur des raisons juridiques et non des raisons pratiques.

1^o L'inaliénabilité du pouvoir étatique :

La concession perpétuelle de service public implique une certaine aliénation du pouvoir étatique, puisque l'Etat renonce pour toujours au service public ainsi concédé. C'est pour cela que la concession perpétuelle est juridiquement impossible. Car c'est un des principes fondamentaux de l'Etat moderne que le pouvoir étatique est essentiellement inaliénable en lui-même et dans ses manifestations qui sont d'ordre public.

Sous l'Ancien Régime, la plupart des concessions étaient faites à perpétuité (exemples : le canal du Midi, le canal de Briare). Au début du XIX^e siècle, les premières concessions de chemins de fer ont été faites à perpétuité. Mais on a renoncé à ce système après le premier tiers du XIX^e siècle. On n'accorde plus que des concessions à temps ; ce temps peut d'ailleurs être long : 75 ans, 99 ans. Les concessions perpétuelles ont été transformées en concessions à temps (concessions de chemins de fer) ou rachetées (canal du Midi).

2° Le caractère exceptionnel de la concession :

Le mode normal de gestion des services publics est la régie. La concession est le mode exceptionnel. Par conséquent, si besoin s'en fait sentir, l'Administration doit pouvoir se dégager de ce mode exceptionnel qu'est la concession pour revenir au mode normal, qui est la régie.

3° Les transformations du service :

Etant donnés les changements qui se produisent inévitablement dans les situations politiques, sociales, économiques, etc., la plupart des services publics ont besoin, au bout d'un certain temps, d'être transformés. L'Administration concédante a bien le pouvoir de modifier unilatéralement l'organisation du service ; mais ce pouvoir est insuffisant. Il ne peut être opéré que des modifications partielles et non des transformations profondes et fondamentales du service. De telles transformations exigent que l'Administration reprenne le service, pour les réaliser elle-même ou les imposer à un nouveau concessionnaire, au moyen d'une nouvelle concession.

B) LA RÉALISATION : Deux procédés sont employés pour donner à la concession de service public le caractère temporaire.

1° *La durée limitée :*

La concession est accordée pour une durée limitée, au terme de laquelle elle prend fin automatiquement, et le service fait retour à l'Etat. C'est là le moyen normal de mettre fin à la concession et de lui donner ainsi le caractère temporaire.

2° *Le rachat :*

Un moyen exceptionnel de mettre fin à la concession résulte du pouvoir de rachat de la concession qui appartient à l'autorité concédante. Ce moyen permet de mettre fin à la concession avant l'expiration de sa durée.

NOTION DE RACHAT

Comme la déchéance du concessionnaire, par l'Administration, le rachat de la concession par l'Administration vient mettre fin à la concession avant l'expiration de sa durée. Seulement, tandis que la déchéance intervient comme sanction des fautes commises par le concessionnaire, le rachat n'a, en aucune façon, le caractère de sanction contre le concessionnaire et peut intervenir en dehors de toute faute de sa part. Il est prononcé par l'Administration dans l'intérêt du service public, lorsqu'il apparaît comme opportun que l'Administration n'attende pas l'expiration de la concession pour reprendre le

service et le mettre en régie. Le rachat ainsi prononcé par l'Administration est un acte unilatéral ; il ne comporte pas un accord avec le concessionnaire. En outre, c'est un acte discrétionnaire : l'Administration peut apprécier discrétionnairement s'il y a un motif à rachat. Mais elle doit poursuivre le but assigné au rachat à peine de détournement de pouvoir.

On peut donc définir ainsi le rachat d'une concession de service public. « C'est l'acte unilatéral et discrétionnaire par lequel l'Administration, en dehors de toute déchéance et faute du concessionnaire, met fin à la concession avant la date fixée pour son expiration dans l'intérêt du service public et pour l'organiser en régie » (M. BONNARD).

Le mot « Rachat » est donc l'expression discutable, mais consacrée par l'usage, qui désigne l'opération par laquelle l'autorité concédante, prenant possession d'ouvrages qu'elle n'a jamais aliénés, puisqu'ils n'ont pas été établis par elle, acquiert la possibilité de faire elle-même, avant l'expiration du délai prévu, l'exploitation du service concédé.

Ce premier aperçu sur le rachat nous montre qu'il peut être envisagé soit comme un remède aux inconvénients du système des concessions, soit comme une technique juridique.

C'est avec ces données que nous aborderons l'étude du rachat des concessions. En premier lieu, nous examinerons quelques opérations de rachat qui nous permettront de suivre l'évolution théorique et pratique de l'idée de rachat, sous l'influence de certaines doctrines.

Nous chercherons ensuite à pénétrer la structure juridique de l'opération de rachat.

Dans une troisième partie nous étudierons la délicate question des opérations de liquidation de la concession quand l'Administration y met fin en usant de son pouvoir de rachat.

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DE L'IDÉE DE RACHAT

La réglementation du service concédé, contenue dans le cahier des charges, se présente sous une forme conventionnelle : l'acte de concession étant accepté par le concessionnaire, on a pu croire qu'il était purement et simplement un contrat.

Or, la réglementation des services publics relève de l'exercice de la puissance publique : l'Administration a seule compétence pour déterminer par l'usage de ses pouvoirs réglementaires, et en considération de l'intérêt général, les conditions de fonctionnement des services. Elle doit, en plus, en assurer l'adaptation constante aux besoins variables du public ; l'organisation des services publics ne doit pas être enfermée dans un cadre rigide ; elle doit se soumettre aux exigences reconnues par l'autorité compétente ; la mutabilité en est le caractère essentiel. L'application de ces idées conduit à considérer l'acte de concession dans son ensemble, et non seulement le Cahier des charges, comme un acte réglementaire de l'Administration concédante, constamment modifiable par elle.

Mais de l'autre côté, le concessionnaire adhérent donne au Cahier des charges un caractère conventionnel. Il n'est pas un fonctionnaire désintéressé; il poursuit, comme industriel responsable de sa gestion, un bénéfice personnel; il cherche son profit dans l'exploitation. La situation du concessionnaire dans la gestion du service, situation individuelle née d'un contrat, comportant un système de droits et d'obligations librement consentis, sera essentiellement intangible; la situation du concessionnaire et, par suite, l'organisation même du service concédé, ne pourront être modifiées que par la volonté des parties contractantes (1).

La jurisprudence a varié entre ces deux conceptions :

D'abord, l'analyse contractuelle de l'opération ne soulevait aucune objection : la réglementation du service était de nature essentiellement contractuelle et rigide. Mais la rigidité du Cahier des charges conduisait à des conséquences manifestement regrettables : c'était même un danger; on a compris très vite la nécessité d'en tempérer l'application : c'est ce qu'ont tenté de faire la théorie de l'ordre public opposé à la gestion, d'une part, et le régime particulier des Chemins de fer d'intérêt général d'autre part.

Malgré ces tempéraments, la conception contractuelle ne pouvait subsister. Laisser au concessionnaire une autonomie trop grande, c'était sacrifier l'intérêt général. L'exploitation du service doit être organisée pour le public, sous le contrôle de l'autorité administrative; la réglementation d'un service public, quel qu'en soit le mode de gestion, est une opération essentiellement admi-

(1) Sur l'intangibilité des situations juridiques particulières, voir JÈZE : *Principes Généraux* (T. I, p. 181).

nistrative; elle doit être essentiellement souple, évolutive, pour répondre aux nécessités nouvelles de la société : « L'Etat n'a pas aliéné son droit d'intervention pendant près d'un siècle à l'effet d'imposer aux Compagnies concessionnaires toutes les améliorations que réclame l'intérêt public ». (Loi du 3 décembre 1908 sur les raccordements des voies ferrées et navigables. - Exposé des motifs.)

Le principe nouveau de la flexibilité des Cahiers des charges se trouve consacré depuis trente ans par une jurisprudence constante :

1° La réglementation de l'organisation d'un service concédé relève essentiellement de l'Administration concédante.

2° Plus importante est la seconde règle : la réglementation d'un service peut être modifiée par la décision unilatérale de l'autorité concédante.

L'adhésion du concessionnaire à l'organisation du service portée dans le Cahier des charges ou dans les textes incorporés à cet acte ne peut faire obstacle aux modifications qui seraient reconnues nécessaires; l'Administration est juge de ces nécessités; elle peut, en conséquence, imposer au concessionnaire d'adapter son exploitation aux exigences du public ou même décider de reprendre pour son compte l'exploitation.

Le principe nouveau de la flexibilité des Cahiers des charges ne fait que traduire le bouleversement qui a atteint la structure même de la concession de service public. L'ancien principe de la rigidité répondait à une conception nettement contractuelle de l'organisation du service; la nature juridique de cette organisation a évolué

en même temps que se développaient les pouvoirs d'intervention de la puissance publique.

Il faut donc dire que la concession de service public comporte deux éléments : l'élément réglementaire qui concerne les conditions de fonctionnement du service ; l'élément contractuel étranger à la réglementation du service. Il y a évidemment un intérêt capital à faire le partage exact de ces deux éléments et à délimiter leurs domaines respectifs. Les clauses réglementaires et les clauses contractuelles se rencontrent indifféremment dans les Cahiers des charges : si certaines dispositions de l'acte de concession telles que les clauses déterminant le service à fournir des prestations, les clauses financières prévoyant les subventions et garanties d'intérêt, se classent d'elles-mêmes, les unes du côté réglementaire, les autres du côté contractuel, beaucoup se présentent sur la frontière de ces deux domaines.

Ainsi, par exemple, le concessionnaire a-t-il le droit à l'exploitation exclusive du service ? Cette question a donné lieu à une jurisprudence célèbre dont les revirements sont intimement liés à l'évolution de la théorie juridique de la concession ; c'est ainsi que naquit la fameuse « querelle du gaz et de l'électricité », et plus tard la concurrence entre les différents procédés de transport en commun créés par le développement des transports automobiles. La solution prise donne le droit pour l'Administration concédante de réorganiser le service et d'en assurer l'adaptation aux conditions économiques et techniques nouvelles, et même, le cas échéant, de créer un service complémentaire du service concédé déjà existant.

La garantie de l'exploitation exclusive du service n'est donc qu'un élément de l'organisation réglementaire et

flexible du service : elle ne peut faire obstacle à l'adaptation du service aux exigences du public ; le concessionnaire n'en conservera le bénéfice qu'à la condition, le cas échéant, d'apporter à son exploitation les modifications et les extensions reconnues nécessaires.

Ces idées permettront d'expliquer la théorie du rachat des concessions de service public. Mais avant d'étudier sa nature juridique, essayons de voir comment apparut la notion de rachat.

CHAPITRE PREMIER

APPARITION ET NAISSANCE DE LA CLAUSE DE RACHAT

Les premières concessions de service public, qui créèrent un droit perpétuel au profit des sociétés, et même un droit de propriété, essentiellement susceptible d'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545 du Code Civil), ne pouvaient être révoquées *ad nutum* par l'Administration.

La question de savoir si l'expropriation pour cause d'utilité publique pouvait s'appliquer à une concession tout entière, était de nature à soulever de graves difficultés. Le droit du concessionnaire était visé par l'Etat, qui déléguait la faculté d'exproprier parfois les propriétaires de terrains sur lesquels devait être établi un service.

Dans quelles formes cette expropriation pouvait-elle être faite ?

La loi du 8 mars 1810 sur l'expropriation avait confié à l'autorité judiciaire le soin de prononcer la dépossession et d'en fixer l'indemnité.

La loi du 7 juillet 1823 avait substitué aux tribunaux civils pour le règlement des indemnités un jury spécial composé de propriétaires agissant sous la direction d'un membre du tribunal.

Ces lois avaient essentiellement pour but de garantir la propriété foncière contre l'autorité administrative, en confiant sa protection à l'autorité judiciaire gardienne des droits individuels.

Elles étaient difficilement applicables aux concessions de service public, qui avaient éminemment un caractère administratif.

On conçoit alors l'idée de réserver aux Pouvoirs Publics, par une disposition formelle du contrat, le moyen de profiter, avant même l'échéance normale des concessions, du droit de retour stipulé à son profit. Mais on est obligé de subordonner au paiement d'une certaine indemnité pécuniaire l'exercice anticipé de ce droit de reprise.

C'est ainsi qu'apparut la clause de rachat.

C'est à l'occasion du projet de concession de la ligne de chemins de fer de Mulhouse à Thann que nous voyons pour la première fois se poser la question du rachat.

L'idée de rachat fit, malgré une certaine opposition, de rapides progrès. Au début on n'osa pas stipuler que la concession pourrait être rachetée à toute époque; un délai d'inviolabilité subsista longtemps.

Mais le principe de l'indemnité forfaitaire fut admis dès cette époque.

Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, la clause de rachat est presque une véritable clause de style : tout le monde en accepte au moins le principe. L'indemnité prévue est une annuité égale au produit net moyen des sept dernières années — déduction faite des deux plus mauvaises, — augmentée d'un tiers si le rachat a lieu dans un délai de 15 ans à partir du jour où le droit en était ouvert, d'un quart dans la période suivante de 15 ans, et d'un cinquième pour les années suivantes.

Nous retrouvons la clause de rachat dans les actes de concession ou les cahiers des charges spéciaux à chacune des Compagnies de chemins de fer concessionnaires.

Mais comme c'est au moment où l'on concède que l'on

inscrit la clause de rachat dans les traités, on ne songe pas toujours à en régler les termes avec toute l'attention qu'une disposition de cette nature réclamerait.

Peu à peu on en vient à prendre comme base fondamentale du calcul de l'indemnité le produit net moyen pendant un certain nombre d'années avant le rachat, et pour éviter de prolonger jusqu'en fin de concession des déficits accidentels, on admet que les produits des deux années les plus faibles pendant la période considérée devront être écartés.

Après avoir suivi l'évolution générale de l'idée de rachat, il nous paraît intéressant et utile d'examiner son évolution pratique et son utilisation dans des services publics particuliers; nous étudierons la clause de rachat dans les concessions de chemins de fer où elle a soulevé beaucoup de controverses célèbres, ensuite dans certaines lois, où elle est prévue, et dans différents cahiers des charges.

Au cours de cette étude, nous constaterons que le rachat est tantôt prévu dans le cahier des charges, tantôt opéré par une loi. La raison est que le législateur a été obligé d'intervenir dans certaines concessions de service public pour opérer leur rachat, parce que les contrats ne parlaient pas de cette possibilité; il n'y avait du reste, le plus souvent, pas de cahier des charges : par exemple les lois sur le rachat des canaux, des ponts à péage. Ces concessions étaient, en effet, fort anciennes et aucune condition de rachat n'avait été prévue; pour y mettre fin, il fallait une intervention du législateur.

La deuxième cause de la confection d'une loi sur un rachat vient de la nécessité de compléter un contrat de concession dont les clauses et les conditions sont insuffisantes, et de créer des règles générales pour la fixation

de l'indemnité de rachat. Ainsi, par exemple, une loi autorisa le rachat de la Compagnie de l'Ouest, de même que deux lois organisèrent celui des Chemins de fer d'intérêt local et des tramways, dont l'exploitation devait aller de pair avec celle des Chemins de fer d'intérêt général : elles permirent de reprendre des lignes pour les incorporer dans le réseau des grandes Compagnies.

Ces lois avaient l'avantage de fixer les règles générales de droit commun pour le rachat des concessions hors des conditions contractuelles; elles permettaient même aux parties contractantes dans les concessions postérieures de s'y référer.

CHAPITRE II

LES CLAUSES DE RACHAT DANS LES CONCESSIONS DE CHEMINS DE FER

Les concessions de chemin de fer constituant des droits sur le domaine public, la jouissance des Compagnies ne peut être que temporaire et précaire. Elle n'a plus le caractère perpétuel qu'elle avait dans les toutes premières concessions; la durée de cette jouissance a été fixée à 99 ans sous le Second Empire pour les grandes Compagnies de chemins de fer.

A l'expiration de la concession, les droits que la Compagnie avait sur le domaine concédé sont révolus et ce domaine fait retour à l'Etat. En plus, la concession de chemins de fer constituant un droit accordé à un particulier sur le domaine public, il ne peut avoir qu'un caractère précaire et l'Etat doit pouvoir le reprendre à toute époque. Mais comme elle constitue également une opération de crédit public, le concessionnaire ne peut être privé des avantages qui lui sont assurés par son contrat en contre-partie de la dépense qu'il a faite aux lieu et place du Trésor. Pour concilier ces deux nécessités juridiques contradictoires, les Cahiers des charges des chemins de fer concédés ont organisé presque depuis l'origine, c'est-à-dire au milieu du XIX^e siècle, un régime de rachat qui est régi, pour les grandes Compagnies, par l'article 37 de leurs Cahiers et qui est véritablement le fondement du rachat contractuel des concessions de service public.

Voici le système qu'organisait cet article : le droit de rachat réservé à l'Etat ne s'ouvre qu'au bout d'une période de 15 ans après le début de chaque concession : cette disposition est légitime, car l'Administration peut abandonner ses droits sur le domaine public pour une courte période et les permissions d'occupation temporaire à durée préfixe sont assez fréquentes. Pendant cette période, le droit du concessionnaire est assimilable à celui d'un locataire de droit privé ; l'Administration ne peut donc reprendre sa concession qu'en employant la prérogative de l'expropriation, dont l'exercice devrait d'ailleurs être réglé par une loi spéciale, la loi de 1841 ne visant pas les droits de cette nature.

Après l'expiration de ce délai de 15 ans, l'Etat peut, à toute époque, reprendre le chemin de fer concédé en versant à la Compagnie concessionnaire une indemnité calculée d'après le produit moyen qu'elle en tire, c'est-à-dire d'après son bénéfice certain. D'après les dispositions de l'article 37 des Cahiers des charges, cette indemnité a la forme d'une annuité payable jusqu'à la date d'expiration de la concession, telle qu'elle était fixée au contrat et égale au produit net moyen des sept années ayant précédé le rachat, sous déduction des deux plus faibles et sans que cette annuité puisse être inférieure au produit de la dernière année.

Cette indemnité ne correspond qu'au droit de reprise du domaine public concédé, c'est-à-dire des immeubles constituant le chemin de fer. Pour les meubles, c'est-à-dire pour le matériel d'exploitation, ils sont la propriété privée du concessionnaire : ils doivent être payés à leur valeur réelle déterminée par voie d'expertise, comme dans le cas d'une expiration normale de la concession, de même

leur acquisition par l'Etat peut être requise soit par lui, soit par son concessionnaire.

Cette indemnité complémentaire ainsi assurée à la Compagnie dépossédée se justifie par les mêmes raisons de droit et de fait qu'en cas d'expiration de son délai de jouissance. Elle peut toutefois être considérée comme faisant double emploi : puisque le matériel d'exploitation contribue à assurer le produit net, le mode de fixation de l'indemnité de rachat les fait ainsi payer à la fois en capital et en revenu. Mais son paiement en capital se justifie par le fait qu'il constitue une indemnité d'éviction et qu'il dédommage la Compagnie rachetée des chances d'augmentation de bénéfices que son contrat lui permettait d'espérer.

Tel était, dès cette époque, le fondement du régime du rachat pour les Compagnies de chemins de fer.

1^{re} SECTION

Modifications de la concession de chemins de fer dans la deuxième moitié du XIX^e siècle.

La seule modification du régime des concessions par voie unilatérale fut la loi Montgolfier du 23 mars 1874, qui amenda le régime du rachat dans un sens favorable aux concessionnaires de chemins de fer : d'après cette loi, en cas de rachat, les Compagnies peuvent demander que les lignes dont la concession remonte à moins de 15 ans soient évaluées d'après leur coût de premier établissement et non d'après leur produit net; or, on sait que les lignes de chemins de fer ne deviennent productives que quelques années après leur ouverture à l'exploitation.

Les dispositions de cette loi étaient quelque peu obscures, en particulier en ce qui concerne le point de départ du délai de 15 ans. Dans les conventions de 1883, qui eurent pour objet la concession aux grandes Compagnies des lignes du programme Freycinet et de celles des anciennes petites Compagnies défaillantes, les Compagnies firent remarquer que le délai de la loi Montgolfier doit courir de la mise en exploitation de la ligne. En outre, elles obtiennent qu'en cas de rachat, aux deux indemnités prévues par le Cahier des charges s'ajoute le remboursement des travaux complémentaires exécutés depuis moins de 15 ans, au prix de construction sous déduction de $1/15$ par année écoulée depuis l'expiration de l'exercice dans lequel ont été terminés les travaux. Le rachat devenait ainsi plus onéreux pour l'Etat, ce qui constituait un renforcement de la situation des Compagnies.

Le régime de la garantie d'intérêt de 1883 a eu sa répercussion sur le règlement du rachat. Le droit de l'Etat sur le matériel d'exploitation était le même en cas de rachat qu'en cas d'expiration normale des concessions. Quant à l'annuité de rachat, elle devait tenir compte, dans le calcul des recettes, des versements de garantie, puisqu'elle ne devait pas être inférieure au montant des revenus garantis aux actionnaires et des charges des emprunts ; en sens inverse, elle devait tenir compte également des remboursements éventuellement faits par la Compagnie intéressée. Sur un point identique, il y a un arrêt intéressant du Conseil d'Etat (1).

En 1900, la ville de Lyon a racheté la concession accordée

(1) Conseil d'Etat, 23 février 1906. Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Lyon. Rec. p. 172.

par elle, en 1853, à la Compagnie Générale des Eaux. Aux termes du Cahier des charges, la ville, pour régler le prix du rachat, devait payer jusqu'en 1957 une annuité formée du produit net annuel et moyen, perçu par la Compagnie, en opérant déduction de la part que la ville aurait retirée de sa participation aux bénéfices. Comment devait se faire le calcul du produit net des sept dernières années ? C'est sur ce point qu'une grave divergence s'éleva entre la ville de Lyon et la Compagnie des Eaux ; la première soutenait que, par produit net, on doit entendre le bénéfice défini par le Cahier des charges qui prévoit le partage des bénéfices entre elle et la Compagnie, en retranchant des recettes brutes, non seulement les dépenses d'exploitation, mais encore les sommes afférentes au service des intérêts et de l'amortissement ; la seconde soutenait, au contraire, que le produit net doit se calculer en défalquant des recettes brutes les dépenses d'exploitation proprement dites. Dans ce dernier système, l'annuité à payer par la ville à la Compagnie devrait s'élever à 1.300.000 frs, tandis que, dans le système de la ville, l'annuité ne serait que d'environ 800.000 frs.

Le Conseil d'Etat décide dans son arrêt :

que l'expression « produits nets » de l'article du Cahier des charges, concernant le rachat de la concession, signifie que l'annuité de rachat doit avoir le caractère d'une indemnité représentative des produits qui demeureraient aux mains de la Compagnie pour la rémunération de ses capitaux, lorsqu'elle exploitait le service, c'est-à-dire de ce qui lui restait des recettes après paiement des frais inhérents à l'exploitation et de la part de la ville dans les bénéfices.

Il est intéressant de noter les conclusions de M. SAINT-PAUL, Commissaire du Gouvernement :

« ...Il a toujours été admis par la doctrine, d'accord avec les arrêts du Conseil d'Etat, que dans toutes les concessions de travaux publics, qu'il s'agisse de voies ferrées, de canalisations d'eau ou de gaz, etc., lorsque l'autorité concédante use de la faculté de rachat, qu'elle s'est réservée dans un intérêt général et non dans un but fiscal, elle ne peut le faire que moyennant une juste indemnité, qui doit rendre le concessionnaire indemne et lui assurer, jusqu'au terme assigné à la concession, la jouissance de tous les avantages sur lesquels il était en droit de compter en vertu du traité. C'est là un des principes de stricte équité qui n'avait jamais encore été contesté.

« Or, dans l'espèce, ce résultat ne serait certainement pas atteint si la Compagnie des Eaux, à la suite du rachat, n'avait plus à recevoir que l'annuité réduite, seule consentie par la ville. Comment pourrait-elle faire face au service des intérêts et de l'amortissement de son capital non encore remboursé ?

« La ville soutient que, pour déterminer le montant du produit net, il faut compléter les dispositions de l'article 34 par celles de l'article 31, qui régit, comme nous l'avons vu, le mode d'établissement du compte annuel en vue du partage des bénéfices ; il faudrait admettre une référence implicite de l'un et l'autre de ces articles...

« ...La ville de Lyon prétend, pour répondre à cet argument, qu'en interdisant le rachat avant l'expiration des trente premières années, le Cahier des charges a eu pour but de permettre à la Compagnie d'amortir son capital dans ce délai, et que celle-ci aurait pu aisément y arriver,

grâce au double prélèvement de 4 % et de 5 % sur les recettes de l'exploitation qui lui était assuré avant tout partage.

« Mais aucune clause du contrat n'a prévu que la Compagnie aurait à rembourser son capital dans ce court délai ; on sait combien, en fait, l'amortissement est faible pendant les premières années ; ...le véritable motif de la clause qui interdit le rachat avant un certain délai — clause qui se retrouve dans toutes les concessions de chemins de fer, — c'est de garantir la concession contre une éviction anticipée, avant que, par le développement normal du trafic ou de la consommation, les résultats de l'exploitation soient devenus suffisamment fructueux pour assurer au capital employé la juste rémunération qui lui est due.

« En définitive, la thèse de la ville repose sur une prétendue identité entre le produit net et le bénéfice ; or, c'est là une confusion qu'il importe de dissiper : les termes insérés dans le contrat ne sont pas synonymes et correspondent à des réalités différentes. Le bénéfice n'est pas du tout le produit net ; il y est compris, mais n'en est qu'une partie. Tant que l'exploitation reste aux mains du concessionnaire, le service des intérêts et de l'amortissement du capital est une charge sociale ; après le rachat, si l'autorité concédante n'a pas assuré le remboursement du capital restant à amortir, le produit net intérieur, formé de l'excédent des recettes sur les seules dépenses inhérentes à l'exploitation, et, s'il y a lieu, sur la part de bénéfices réservée au concédant, constitue, en vertu de la convention de 1853, la base essentielle du rachat. Toute autre solution serait contraire aux stipulations du contrat et à son esprit, ainsi qu'aux principes d'équité consacrés par la jurisprudence. »

2^e SECTION

**Chemins de fer secondaires
d'intérêt général et d'intérêt local.**

Le régime de rachat était réglé pour les deux catégories de chemins de fer de la même façon; le rachat devait être décidé par l'autorité concédante, Conseil Général ou Conseil Municipal, et approuvé par décret.

Il y avait toutefois un cas où fonctionnait un système de rachat qui n'existait pas en matière de chemin de fer d'intérêt général; c'est le cas où l'Etat reprenait une voie d'intérêt local pour l'incorporer dans son domaine. Elle ne peut dans ce cas être conservée par le même concessionnaire et la concession est rachetée d'office, non par le concédant, mais par l'Etat. Les dispositions du Cahier des charges, contrat auquel il n'était pas partie, ne peuvent s'appliquer à l'Etat. Les lois de 1880 et de 1913 prévoient donc la fixation de l'indemnité par une commission constituée d'après les règles de la loi du 29 mai 1845 sur le rachat des canaux, qui constitue le régime de droit commun pour le rachat des concessions hors des conditions contractuelles.

Cette loi de 1845 est ainsi conçue :

« ARTICLE PREMIER. — Les droits attribués aux Compagnies par les lois des 5 août 1821 et 14 août 1822, représentés par les actions de jouissance des canaux exécutés par voie d'emprunt, pourront être rachetés par l'Etat pour cause d'utilité publique. Ces rachats ne pourront s'opérer pour chaque Compagnie qu'en vertu de lois spéciales.

« ARTICLE 2. — Le prix du rachat sera fixé par une

Commission spéciale instituée pour chaque Compagnie par une ordonnance royale et composée de neuf membres, dont trois seront désignés par le Ministre des Finances, trois par la Compagnie et trois par le Premier Président et les Présidents réunis de la Cour Royale de Paris...

« ARTICLE 4. — Si, dans le délai de deux mois à partir de la mise en demeure, la Compagnie n'a pas nommé les trois membres dont le choix lui appartient, le Premier Président et les Présidents réunis de la Cour Royale de Paris y pourvoiront d'office à la requête du Ministre des Finances...

« ARTICLE 7. — Après que la Commission aura prononcé, le rachat ne deviendra définitif qu'en vertu d'une loi spéciale qui ouvrira, s'il y a lieu, les crédits nécessaires, et qui devra être proposée aux Chambres dans l'année qui suivra la décision.

« Toutefois, si dans l'année il n'intervient pas de loi portant allocation des crédits nécessaires pour le rachat des droits attribués à une Compagnie, le rachat ne pourra plus avoir lieu qu'en vertu d'une loi nouvelle. »

Mais peu à peu le développement des théories socialistes et interventionnistes réduisait de plus en plus la foi dans la liberté économique et dans l'initiative individuelle. On ne croyait plus que la libre concurrence, d'ailleurs très limitée en cette matière, dût automatiquement adapter l'exploitation des Compagnies aux besoins du public : il fallait donc donner à l'Etat le moyen de les y contraindre lorsque ce serait nécessaire.

Cette évolution dans les conceptions juridiques et économiques qui dominaient la question ne porta ses fruits que lorsqu'il s'y ajouta une cause d'ordre politique. Les partis

venus au pouvoir à la fin du XIX^e siècle à la suite de ce que Georges Sorel a appelé « la révolution dreyfusienne » étaient nettement défavorables aux Compagnies de chemins de fer et avaient à leur égard des sentiments assez comparables à ceux du Gouvernement provisoire de 1848.

3^e SECTION

Le problème des chemins de fer jusqu'à la guerre de 1914-1918.

La question la plus importante à cette époque fut celle du rachat du réseau des chemins de fer de l'Ouest, en 1909, qui a donné lieu à des discussions célèbres. On a pu se demander si ce rachat était le résultat d'une situation passagère ou l'œuvre d'une évolution qui, s'exerçant en dehors des hommes et des peuples, poussa les nations à exploiter directement les chemins de fer. On ne peut, de toute manière, pas contredire que le rachat de l'Ouest ait été une mesure agréable au parti socialiste, et la preuve en est que les représentants de ce parti à la Chambre l'ont voté.

Seulement, parmi les causes qui motivèrent cette opération, la question financière s'imposait tout particulièrement. La Compagnie était dans une situation telle que toute espérance de relèvement lui était interdite; dès lors, elle devait aboutir à une régie désintéressée. Le rachat apparaissait donc comme une opération inéluctable.

Le réseau de l'Ouest fut repris par l'Etat, qui décida de l'exploiter en régie. Cette nouvelle gestion entraîna des conséquences importantes au point de vue financier et

budgétaire, au point de vue du public et du personnel, au point de vue de l'organisation technique et commerciale. Mais le réseau des chemins de fer de l'Ouest fut toujours en déficit.

A propos du rachat du réseau de l'Ouest, une question juridique fort intéressante s'est trouvée soulevée à la Chambre des Députés au cours des débats relatifs au projet de loi approuvant le règlement amiable du prix de rachat dû par l'Etat à la Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest. De nombreuses difficultés, résultant de l'interprétation à donner aux conventions de 1883 ou du silence de ces conventions, pouvaient naître à l'occasion de la fixation du prix du rachat. Le Gouvernement estima qu'il fallait mieux transiger que de s'exposer à courir le risque de procès d'où pouvaient, en cas de perte, résulter des charges fort lourdes pour le budget. C'est cette transaction ou ce règlement amiable qu'il soumit à la Chambre en lui demandant de l'approuver. Très vivement attaqué comme trop onéreux pour les finances publiques, le projet a été cependant finalement adopté à la Chambre des Députés et au Sénat, et il est devenu la loi du 21 décembre 1909. C'est au cours des débats que fut émise par JAURÈS (1) l'idée qu'il n'y avait pas de législation sur le rachat des concessions puisque les conditions essentielles de fonctionnement de la loi n'ont pas été prévues. Notamment, il n'y a rien sur la façon dont doit être calculé le produit net qui doit servir de base à l'annuité de rachat, ni la durée de l'annuité à servir comme contre-partie du dividende réservé aux actionnaires. Il n'est pas normal qu'ici le Conseil d'Etat intervienne. Sa tâche est de contrôler et

(1) *Journal Officiel*, 1909. Débats parlementaires, Chambre, p. 3142.

de surveiller l'application de la loi et non de la faire. Il faut donc que le Parlement fasse une loi interprétative sur le rachat. Mais l'affirmation de l'orateur fut vivement relevée par le Ministre des Travaux Publics, M. MILLERAND, et la Chambre ne l'a pas fait sienne.

Seulement, la question soulevée par JAURÈS se rattache à un problème très important qui est celui de savoir dans quelle mesure le législateur a le droit d'intervenir pour déterminer la situation d'un concessionnaire, postérieurement à l'acte de concession.

Doit-on considérer que l'acte de concession règle pour toute la durée de la concession la situation du concessionnaire ? Doit-on admettre, au contraire, que l'Etat a conservé le droit d'augmenter les charges ou les obligations du concessionnaire ?

Il est admis par tous que le législateur reste toujours libre de faire une loi générale s'appliquant aux concessionnaires comme aux autres citoyens. Les Chambres se sont reconnu le droit d'imposer à des concessionnaires, par une loi faite pour eux, des obligations nouvelles à l'égard des tiers. Mais ont-elles le droit de le faire en ce qui concerne les rapports du concessionnaire avec l'Etat auteur de la concession ? Le législateur peut-il interpréter à lui seul et d'une manière générale les dispositions obscures de l'acte de concession ?

L'argument est que l'intervention du législateur, quand il y a dans l'acte de concession des lacunes sur des points essentiels, est tout à fait légitime.

Un précédent venait de la loi du 28 mars 1874 ; l'article 12 de cette loi a modifié l'article 37 du Cahier des charges de certaines Compagnies en décidant qu'en cas de rachat « pour les lignes concédées depuis moins de

15 ans, les Compagnies pourraient demander le remboursement des frais de premier établissement ».

Donc, le législateur a le droit de faire une loi générale s'appliquant aux concessionnaires, sauf le droit de ceux-ci de demander soit la résiliation de leur concession, soit une réparation à l'Etat du préjudice qui leur est ainsi causé si l'acte de concession est intervenu sur la base de faits inexistantes.

Le législateur a le droit, par une loi spéciale à certains concessionnaires, de modifier le fonctionnement des services publics concédés. Mais les concessionnaires peuvent demander à l'Etat réparation du préjudice à eux causé si l'acte de concession est intervenu sur la base des faits existants.

Récemment, le Conseil d'Etat (1) a eu l'occasion de statuer sur ce point: d'après sa décision, on peut déclarer qu'il est interdit aux tribunaux de sanctionner, par l'annulation, la violation par le législateur des obligations de l'Etat inscrites dans un contrat. Mais dans cet arrêt du Conseil est intervenue une conciliation entre cette règle fondamentale du Droit Public et une autre règle fondamentale : celle que la convention fait la loi des parties et que les titres spéciaux contractuels doivent être respectés par le législateur. Le Commissaire du Gouvernement, M. JOSSE, a précisé que cette solution était fondée en droit et non pas seulement en équité.

La guerre de 1914 terminée, on ne pouvait se contenter de lever la réquisition des réseaux et de les replacer sous le régime antérieur. Il fallait réorganiser le régime des

(1) Conseil d'Etat, 28 avril 1939. Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest. Conclusions de M. JOSSE, avec note de M. JÈZE. Recueil D. P., 1940, p. 58.

chemins de fer. Les conceptions socialistes préconisaient la disparition des Compagnies concessionnaires et leur remplacement par de nouveaux organismes.

Mais les Compagnies existantes tenaient de leurs contrats des droits acquis que l'Etat ne pouvait enfreindre sans commettre une spoliation doublée d'une banqueroute. Cette solution n'aurait pas été admise par l'immense majorité du pays et aucun projet, pas même le projet socialiste, ne propose la dépossession des Compagnies sans indemnité. Il aurait donc fallu procéder au rachat des chemins de fer et le réaliser selon les dispositions de l'article 37 du Cahier des charges des grandes Compagnies : cet article, en effet, constitue à leur profit une situation contractuelle à laquelle l'Etat ne peut porter atteinte que par un acte unilatéral, et cela même de l'avis des auteurs qui voient dans le Cahier des charges moins un contrat qu'un règlement, une loi matérielle. Le régime du rachat établi par ce texte aurait amené, comme nous l'avons vu, à verser à chaque Compagnie une annuité payable jusqu'à la date d'expiration normale de sa concession et le prix en capital de son matériel d'exploitation.

Le mode de calcul de l'annuité donnait lieu à des difficultés d'interprétation du fait de la guerre. On pouvait, en effet, se demander si les années de guerre devaient entrer en ligne de compte pour ce calcul : la question n'aurait pas eu une grande importance pour les Compagnies de l'Est, de l'Orléans et du Midi, puisque l'annuité devait toujours, d'après la convention de 1883, être au moins égale au revenu garanti; mais il n'en était pas de même pour les Compagnies du Nord et du P.-L.-M., qui ne jouissaient pas de cette clause de sauvegarde. Toutefois, cette question n'était pas trop controversée et tout

le monde, au fond, était disposé à faire abstraction des années de guerre dans le calcul de l'annuité de rachat : la jurisprudence de l'imprévision revient, en effet, à suspendre le contrat de concession pendant le temps où jouent les forces imprévisibles nées de la guerre, et il eût été contraire à son esprit de faire entrer en ligne de compte, pour le rachat, les résultats d'années qui sont en quelque sorte étrangères à la concession

Les règles du calcul de l'annuité en capital à payer pour la reprise du matériel d'exploitation donnèrent lieu à une controverse plus grave. Les partisans des Compagnies estimaient que ce matériel devait être payé à sa valeur vénale au jour du rachat ; leurs adversaires, au contraire, soutenaient qu'il ne devait être repris que pour sa valeur d'inventaire. La différence était du simple au quintuple, le premier système payant le matériel au prix d'après-guerre, le second au prix d'avant-guerre. La première solution semble la plus conforme à la lettre et à l'esprit des contrats : car si les articles 36 et 37 du Cahier des charges, en stipulant que le matériel doit être payé au prix d'estimation fixé par les experts, n'indiquent pas expressément si cette estimation doit porter sur le prix d'achat ou sur la valeur vénale, il n'est guère douteux que ce soit sur cette dernière valeur, car il serait bien inutile de recourir à une expertise pour déterminer le prix d'acquisition porté à l'inventaire. D'autre part, le matériel d'exploitation des Compagnies étant leur propriété privée, il est conforme aux principes généraux du droit qu'il soit payé à sa valeur véritable si l'Etat veut l'acquérir.

Certains partisans du rachat prétendaient bien que le Parlement pouvait trancher la question en faveur de leur thèse par une loi interprétative, mais ils oublièrent qu'une

loi modifiant unilatéralement les clauses d'un contrat auquel l'Etat est partie ne serait qu'un acte de spoliation sans valeur juridique (1).

M. Léon BLUM soutenait plus ingénieusement que la théorie de l'imprévision, amenant à supprimer pour le concessionnaire les causes de pertes du fait de la guerre, devait lui retirer par contre-partie toutes les clauses de gains imprévisibles qu'elle pouvait lui apporter; d'après lui, si on faisait abstraction de la période de guerre dans le calcul de l'annuité de rachat et si on la fixait comme si le rachat avait eu lieu en 1914, il fallait faire de même pour la reprise du matériel et ne pas tenir compte de l'augmentation de la valeur vénale de ce matériel qui résultait de la guerre : il aurait donc fallu payer ce matériel au prix d'avant-guerre (2).

Quoi qu'il en soit, il n'est pas contestable que le rachat réalisé au lendemain de la guerre aurait donné lieu à de singulières difficultés juridiques et il aurait nécessité le versement immédiat par l'Etat d'une somme énorme que la situation financière ne permettait pas de payer, même si la thèse des adversaires des Compagnies au sujet de la reprise du matériel avait triomphé.

Dans ces conditions, il fallait s'entendre avec les concessionnaires que, d'autre part, on désirait conserver, la majorité du Parlement préférant laisser à la tête des chemins de fer des organismes éprouvés que d'en créer

(1) Article de M. ROLLAND sur « le droit des législateurs de compléter ou d'interpréter un acte de concession », dans la *Revue de Droit Public*, 1916, p. 116 (au sujet d'une proposition semblable faite par JAURÈS à l'occasion du rachat de l'Ouest).

(2) Discours prononcé à la séance du 15 décembre 1920 de la Chambre des Députés, *Journal Officiel*, Débats Chambres, session extraordinaire de 1920, p. 3648.

de toutes pièces de nouveaux. Il fallut donc traiter avec les Compagnies et adapter le nouveau régime à leurs droits acquis.

4^e SECTION

La Convention du 23 juin 1921 et la modification du régime juridique des grandes concessions de chemins de fer.

Les modifications du régime du rachat :

Sous le nouveau régime des chemins de fer, comme sous l'ancien, l'Etat garde le droit de racheter les concessions, mais le système du rachat a été modifié d'une façon assez profonde qui, d'une part, limite dans une certaine mesure les frais de l'opération et la facilite pour l'Etat, mais qui, d'autre part, donne aux Compagnies une certaine garantie contre les charges que pourrait leur occasionner l'augmentation du nombre des réseaux d'Etat groupés avec elles en un organisme commun.

C'est en apportant une solution conventionnelle aux divers problèmes que posait la question du rachat dans l'imprévision des textes antérieurs que le nouveau régime a, jusqu'à un certain point, facilité le rachat par l'Etat.

Il a été d'abord décidé que les années 1914 à 1920 ne devaient pas intervenir dans le calcul de l'annuité de rachat : cette solution découle, comme nous l'avons vu, de la théorie de l'imprévision et, en outre, elle n'intéresse que les Compagnies du Nord et du P.-L.-M. et, à un très faible égard, celle de l'Est.

Pour la question plus complexe de l'indemnité de reprise du matériel et des approvisionnements, l'article 25 de la

convention a apporté une solution précise, contraire à l'esprit des textes antérieurs, qui vaut naturellement en cas d'expiration normale des concessions comme en cas de rachat.

D'après cet article, les approvisionnements doivent être repris à leur prix de revient et le matériel d'exploitation à sa valeur d'inventaire, c'est-à-dire à son prix d'achat diminué de $1/40^e$ par année pleine, écoulée, depuis le 31 décembre de l'année d'imputation, cette réduction constituant un amortissement pour vétusté.

L'Etat n'a plus à craindre d'avoir à payer le matériel acquis avant la guerre au prix d'après-guerre. Mais il pourra résulter du nouveau mode d'évaluation un gain pour les Compagnies si le niveau général du prix s'abaisse d'ici à l'époque où se fera la reprise de leur matériel, car une partie de ce matériel pourra être payée au-dessus de sa valeur vénale.

Les Compagnies ont désiré, d'autre part, se garantir contre un rachat antérieur au 1^{er} janvier 1928, en faisant décider que jusqu'à cette époque le matériel d'exploitation devrait, en cas de reprise, être payé à sa valeur vénale. Mais le Parlement ne les a pas suivies et il n'a accepté que le principe d'une déduction forfaitaire de vétusté sur le matériel acquis avant-guerre si le rachat est effectué durant cette période : cette déduction est du quart de la valeur d'inventaire.

La convention du 28 février 1921 modifie d'autre part le régime du rachat en permettant aux Compagnies de le réclamer dans une hypothèse spéciale. Les concessionnaires se trouveront, en effet, en minorité au Comité de Direction lorsque l'Etat aura repris deux nouveaux réseaux, et les décisions du Comité étant obligatoires, les

Compagnies subsistantes pourraient se trouver dans une situation intolérable si l'Etat abusait de la situation. Aussi, en pareil cas, ces Compagnies peuvent-elles demander à être rachetées. Ce cas pouvait se présenter pour le P.-L.-M., l'Orléans et le Midi lorsque les concessions du Nord et de l'Est, qui expirent avant les leurs, auront pris fin.

Ce droit de demander le rachat doit être invoqué dans les trois mois de la disparition de la seconde Compagnie. Les indemnités sont alors fixées d'après les règles ordinaires, sauf les exceptions suivantes : d'abord, les clauses de la loi Montgolfier et des conventions de 1883, sur l'indemnité spéciale que les Compagnies peuvent réclamer pour leurs lignes et travaux datant de moins de 15 ans, ne jouent pas en pareille hypothèse. En outre, les approvisionnements payés sur des obligations dont l'Etat a à continuer le service sont repris par lui gratuitement. Enfin, si ce rachat est demandé après l'expiration normale des concessions du Nord et de l'Est, le paiement des autres objets mobiliers peut être différé pour chaque Compagnie jusqu'à la fin de la période de jouissance résultant de son Cahier des charges.

Le régime du rachat n'était donc plus seulement une conséquence de la précarité du droit des Compagnies sur le domaine concédé; c'était également une garantie contre un risque que leur imposait le nouveau régime.

Mais la convention du 31 août 1937, modifiée par la loi du 10 octobre 1940 et le décret du 11 novembre 1941, a créé la Société nationale des Chemins de fer français par la fusion des sept réseaux et l'association entre l'Etat et le groupe financier.

5^e SECTION

**La création de la Société nationale
des Chemins de fer français en 1937.**

La crise des chemins de fer soulevait, il y a peu d'années, un problème juridique aigu. Les vices de régime ferroviaire avaient été aperçus : il importait d'y mettre fin.

Mais la transformation des statuts des réseaux posait une question de droit dans la façon d'opérer cette transformation. L'arrivée du terme est l'expiration la plus normale d'une concession ; mais le concédant ayant intérêt à reprendre, avant terme, le service qu'il a concédé, deux procédés sont à sa disposition : le rachat et la déchéance.

Dans le cas des chemins de fer, c'étaient les deux seules façons de mettre fin aux concessions. Laquelle fallait-il utiliser de préférence ? Pour M. POMARET, la déchéance était une solution de force, une pénalité, le rachat une solution de droit.

La déchéance, préconisée par M. MOCH, avait l'avantage de régler aussitôt la question, sans que l'Etat eût à débours quoi que ce soit. Mais on ne peut prononcer la déchéance d'un concessionnaire sans avoir de sérieux griefs contre lui ; ce qui n'était pas exactement le cas, malgré les fautes des Compagnies.

Quant au rachat, il était prévu, nous l'avons vu dans le contrat de 1921. Mais si l'Etat avait voulu racheter en 1937 les grands réseaux, il aurait dû retirer de ses coffres déjà vides plusieurs milliards. L'application de la convention de 1921 aurait été un désastre financier et une excellente opération pour les Compagnies, déchargées de leurs

dettes envers l'Etat, qui, en revanche, leur versait une forte annuité.

Le rachat étant aussi rejeté, il fallait trouver un autre moyen légal pour organiser le régime des chemins de fer. On l'a cherché dans la théorie de l'imprévision illustrée par les affaires du « Gaz de Bordeaux » (1916) et des « Tramways de Cherbourg » (1932). Puisque la crise dont le rail souffrait menaçait d'être définitive, on se trouvait devant un cas de force majeure.

De là une résiliation du contrat est admissible, à moins que les contractants ne veuillent chercher à s'entendre et passer un accord amiable, substituant au contrat démodé un contrat mieux adapté aux exigences de l'époque présente.

C'est ainsi que le problème des chemins de fer a reçu une solution contractuelle : il n'y a eu ni rachat, ni déchéance, mais un compromis entre l'Etat et les Compagnies concessionnaires.

Une nouvelle société, la Société nationale des Chemins de fer français, exploitera le réseau français : il y a association entre l'Etat et les Compagnies, mais l'Etat a la majorité des actions (minimum : 51 %).

La S.N.C.F., dont l'objet social est l'exploitation et, s'il y a lieu, la construction de chemins de fer, viendra à expiration le 31 décembre 1982, son actif faisant à cette date retour gratuitement à l'Etat.

Les Compagnies concessionnaires, dont les concessions sont, au fur et à mesure de leur expiration, prorogées jusqu'au 31 décembre 1982 au profit de la S.N.C.F., ont cédé à cette dernière, à partir du 1^{er} janvier 1938, le droit d'exploiter les lignes faisant l'objet desdites concessions.

On a cru voir dans la S.N.C.F. une société d'économie

mixte; ce n'est pas tout à fait exact, car le caractère de cette institution est la prédominance du capital privé sur le capital de l'Etat. Or, dans la S.N.C.F., l'Etat a le contrôle réel de toute la haute direction.

En réalité, la S.N.C.F. n'est que la forme à peine atténuée de la régie dans laquelle on a fait une place très large aux intérêts privés, place qui diminue avec le temps, car en 1956 l'état voit sa prépondérance s'accroître dans le Conseil d'administration. Mais régie cependant : les risques financiers sont entièrement à la charge de l'Etat, le personnel a un recrutement et un statut analogues à ceux des fonctionnaires de l'Etat, les hauts postes sont occupés par les représentants de l'Etat.

N'oublions pas, en effet, que les négociateurs de 1937 voulaient arriver à une nationalisation des chemins de fer.

L'opinion de M. JÈZE est que ce n'est pas une concession qu'a la S.N.C.F. : dans une concession ordinaire, l'exploitation est aux risques et périls du concessionnaire; or, dans la concession de l'exploitation des chemins de fer à la S.N.C.F., l'exploitation est entièrement aux risques et périls de l'Etat. Donc, la Société nationale n'est pas une concession.

Du reste, dans le nouveau Cahier des charges de 1937, le titre relatif aux modalités de rachat et de déchéance a complètement disparu.

En somme, sans avoir eu à employer le rachat, les négociateurs de la réforme de 1937 ont construit cette Société nationale, sans forme juridique précise, où sont unis l'Etat et les grandes Compagnies ferroviaires.

CHAPITRE III

ÉTUDE DE RACHATS OPÉRÉS PAR UNE LOI

Si, le plus souvent, les rachats de concession de service public sont prévus dans les Cahiers des charges, le législateur s'est vu obligé d'intervenir pour procéder au rachat de certains services publics qui n'avaient pas été envisagés lors de leur concession.

Ce sont du reste par des lois que furent opérés les premiers rachats; il convient donc de les étudier en premier lieu.

La première loi fut celle du 29 mai 1845 sur le rachat des canaux, que nous avons déjà étudiée (1); elle a fixé les règles générales pour le rachat des concessions hors des conditions contractuelles.

1^{re} SECTION

Rachat des ponts à péage.

Un autre rachat opéré fut celui des ponts à péage. Pour mettre fin à cette institution très ancienne, il fallait une intervention de la puissance publique par voie législative. C'est ce qui fut fait par la loi du 30 juillet 1880 qui mit fin au mode de construction et d'entretien de ces ponts.

Cette loi est ainsi conçue :

« ARTICLE 2. — Le rachat de la concession de tout pont à péage dépendant de la grande ou de la petite voirie peut

(1) Voir page 3.

être autorisé et déclaré d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'Etat après enquête. L'enquête a lieu dans les formes déterminées par l'ordonnance du 18 février 1834.

« ARTICLE 3. — A défaut d'arrangement amiable, si les droits du concessionnaire ne sont pas réglés, soit par le Cahier des charges, soit par une convention postérieure, l'indemnité à allouer pour le rachat de la concession est fixée par une commission spéciale, instituée et composée comme il suit : cette commission est instituée par décret et composée de trois membres, dont un désigné par le préfet, un par le concessionnaire et le troisième par les deux autres membres. Si ces deux membres ne parviennent pas, dans le mois qui suivra la notification à eux faite de leur nomination, à se mettre d'accord sur le nom du troisième, il sera procédé à sa désignation par le président du Tribunal de première instance du chef-lieu du département dans le ressort duquel le pont est situé. Le choix ne pourra être fait que parmi les personnes désignées par le Conseil Général pour la formation du jury d'expropriation pour cause d'utilité publique dans les divers arrondissements dont le département se compose. Lorsque le pont est établi sur un cours d'eau servant de limite à deux départements, la nomination est faite, dans les mêmes conditions, par le président du Tribunal de première instance du chef-lieu de celui des deux départements qui devra être désigné par le décret déclarant l'utilité publique du rachat.

« ARTICLE 4. — L'indemnité allouée doit être payée ou consignée avant la prise de possession du pont. »

2^e SECTION

Rachat du réseau de l'Ouest.

Un rachat très important fait par l'Etat a été celui du réseau de chemins de fer de l'Ouest, qui a été autorisé par la loi du 13 juillet 1908 (*Journal Officiel*, 15-16 juillet 1908).

« ARTICLE PREMIER. — Le ministre des Travaux Publics est autorisé à procéder au rachat à l'égard de la Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest. »

Cette loi fut complétée par celle du 18 décembre 1908 (*Journal Officiel*, 19 décembre 1908), qui était ainsi conçue :

« ARTICLE PREMIER. — Le réseau racheté à la Compagnie du Chemin de fer de l'Ouest est incorporé aux Chemins de fer de l'Etat.

« ARTICLE 2. — Le réseau racheté sera provisoirement exploité suivant les mêmes règles administratives.

« Les lois, décrets et arrêtés régissant ces chemins de fer lui seront successivement appliqués par des arrêtés ministériels; ceux-ci ne pourront être pris que sur l'avis conforme du ministre des Finances. Le ministre des Travaux Publics est en outre autorisé à prendre dans les mêmes conditions les mesures transitoires qu'il jugera nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des services. »

Au moment de la mise en application de cette loi, la question s'est posée de savoir si le réseau acheté restera

soumis à son ancien Cahier des charges ou si l'ensemble du nouveau réseau de l'Etat sera régi par le Cahier des charges annexé à la loi du 4 décembre 1875. D'après le rapport de M. RÉGNIER, ce serait ce dernier Cahier des charges qui serait applicable pendant la période transitoire.

Ce rachat du réseau de l'Ouest a du reste dû être interprété à propos d'un procès entre les Chemins de fer de l'Etat et la Compagnie d'Orléans, devant le Tribunal de Commerce de la Seine (21 avril 1913).

Par l'opération du rachat de l'Ouest, l'Administration des Chemins de fer de l'Etat n'a pas repris un réseau dont la concession était expirée, mais bien un réseau en pleine activité dont elle allait, à partir de ce moment, assurer le trafic et qui, par le fait même que ce trafic ne devait subir aucune interruption, se trouvait nécessairement grevé de charges et d'obligations diverses.

Les termes mêmes du Cahier des charges de la Compagnie de l'Ouest spécifiaient d'ailleurs qu'à l'époque fixée pour l'expiration de la concession et par le seul fait de cette expiration, le Gouvernement serait subrogé à tous les droits de la Compagnie, et la subrogation à tous les droits implique nécessairement la subrogation à toutes les obligations engendrant ces droits.

Et la convention elle-même qui détermina le prix du rachat de la Compagnie de Chemins de fer de l'Ouest par l'Administration des Chemins de fer de l'Etat stipule dans son article 8 que l'Etat accepte de supporter les charges de tous les engagements et obligations de la Compagnie, résultant des faits antérieurs au 1^{er} janvier 1909.

Il résulte de l'ensemble de ces divers documents et des

déclarations faites par le Gouvernement à la Chambre des Députés lors de la discussion du rachat que, par l'effet de ce rachat, l'Etat s'est substitué à tous les droits et à toutes les obligations de la Compagnie rachetée.

Par suite, le partage du trafic faisant l'objet des articles 2 et 3 de la convention du 31 mars 1885 conclue entre la Compagnie d'Orléans et l'ancienne Compagnie de l'Ouest reste exclusivement régi par cette convention jusqu'au 31 décembre 1915, date de l'expiration de sa durée, l'Administration des Chemins de fer de l'Etat se trouvant, par le fait du rachat du réseau de l'Ouest, substituée aux droits et obligations de cette Compagnie, et notamment à ceux résultant, à l'égard de la Compagnie d'Orléans, de la convention de 1885.

C'est bien ce qui est dit dans le jugement du Tribunal de Commerce dans son attendu suivant :

« ...ce réseau était exploité sous le régime d'une concession datée de 1859 qui, sous le titre 3 visant la durée ou le rachat de ladite concession, stipulait dans son paragraphe 3 : « A l'époque fixée pour l'expiration de la
« concession et par le seul fait de cette expiration, le Gouvernement sera subrogé à tous les droits de la Compagnie sur le chemin de fer et ses dépendances. »

« Et attendu que la convention de 1885 détermine le prix du rachat de la Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest, stipule dans son article 8, paragraphe 2 : « L'Etat accepte de supporter les charges de tous les engagements et obligations de la Compagnie résultant des faits antérieurs au 1^{er} janvier 1909. »

3^e SECTION

Rachat des Chemins de fer d'intérêt local.

Une loi du 11 juin 1880 est venue fixer le rachat des chemins de fer d'intérêt local et des tramways. Cette loi visait qu'en cas d'éviction du concessionnaire, si ses droits ne sont pas réglés par un accord préalable ou par un arbitrage établi soit par le Cahier des charges, soit par une convention postérieure, l'indemnité qui peut lui être due est liquidée par une commission spéciale qui fonctionne dans les conditions réglées par la loi du 29 mai 1845.

Mais cette loi de 1880 fut abrogée par la loi du 31 juillet 1913 (1), qui permet aux Conseils Généraux ou aux Conseils Municipaux de racheter la concession de chemins de fer d'intérêt local ou de tramways, soit à l'amiable, soit aux conditions qui étaient fixées par le Cahier des charges. Mais en cas de rachat, la délibération de l'assemblée départementale ou communale devait être approuvée par une loi ou un décret délibéré en Conseil d'Etat, suivant que la concession a été elle-même approuvée par une loi ou par un décret.

Enfin, dans son article 38, la loi prévoyait qu'en cas de rachat d'office, si le mode de détermination de l'indemnité due au concessionnaire n'avait pas été antérieurement réglé, cette indemnité devait être liquidée par une commission spéciale fonctionnant dans les conditions déterminées par la loi du 29 mai 1845.

Ces deux lois complétèrent la législation sur les chemins

(1) *Journal Officiel* du 8 septembre 1913.

de fer d'intérêt national et permirent d'organiser et d'unifier leur régime.

Ce rapide examen de quelques lois montre que l'Etat est intervenu parfois pour autoriser des rachats de concessions qui n'étaient pas prévus dans les contrats et pour en organiser les modalités.

Mais une constatation s'impose : avec la loi sur le rachat des ponts à péage, la commission arbitrale qui doit fixer l'indemnité est réduite à trois membres, alors qu'elle était de neuf dans la loi de 1845 sur le rachat des canaux.

On pensait que le nombre de neuf était trop important : c'est exact, les commissions nombreuses ne statuent ni bien, ni rapidement.

Cependant, les lois de 1880 et de 1913 sur le rachat des tramways sont revenues à la fixation de l'indemnité par une commission de neuf membres, comme en 1845.

Cet organe avait été copié sur le jury d'expropriation créé par la loi du 3 mai 1841 pour la fixation de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique, et composé de huit propriétaires ; ce jury était présidé par un magistrat judiciaire. On sait que cet organe a été remplacé en 1935 par une commission arbitrale composée de cinq membres.

CHAPITRE IV

CLAUSES DE RACHAT DANS LES CAHIERS DES CHARGES

En dehors des concessions de chemins de fer, d'autres Cahiers des charges ont prévu aussi des clauses de rachat et en ont fixé les conditions, qui diffèrent selon les concessions.

Nous n'approfondirons pas l'étude des clauses, que nous retrouvons plus loin.

1^{re} SECTION

Cahier des charges pour les concessions de tramways.

D'après le Cahier des charges-type pour la concession des tramways annexé au décret du 6 août 1881, l'Etat a toujours le droit de racheter la concession et à toute époque. Seulement, il distingue entre le rachat opéré avant ou après les quinze premières années de l'exploitation.

Si le rachat a lieu avant l'expiration des 15 premières années de l'exploitation, il se fera conformément au paragraphe 3 de l'article 11 de la loi du 11 juin 1880. Ce terme de « 15 ans » sera compté à partir de la mise en exploitation effective « du réseau entier » ou au plus tard à partir de la fin du délai qui est fixé dans l'article 3 du présent Cahier des charges, sans tenir compte des retards qui auraient eu lieu dans l'achèvement des travaux.

Si le rachat de la concession entière est réclamé par l'Etat après l'expiration des 15 premières années de l'exploitation, on réglera le prix du rachat, en relevant les produits nets annuels obtenus par le concessionnaire pendant les 7 années qui auront précédé celle où le rachat sera effectué, et en y comprenant les annuités qui auront été payées à titre de subvention; on en déduira les produits nets des « deux » plus faibles années et l'on établira le produit net moyen des « cinq » autres années.

Le concessionnaire recevra, en outre, dans les six mois qui suivront le rachat, les remboursements auxquels il aurait droit à l'expiration de la concession, suivant le quatrième et le cinquième paragraphe de l'article 17, la reprise de la totalité des objets mobiliers étant ici obligatoire dans tous les cas pour l'Etat.

Le concessionnaire ne pourra élever aucune réclamation dans le cas où, par suite d'un changement dans le classement des routes et chemins empruntés par la voie ferrée, une nouvelle autorité serait substituée à celle de qui émane la concession.

La nouvelle autorité aura les mêmes droits que celle qui a fait la concession.

2^e SECTION

Cahier des charges pour les concessions de chutes d'eau.

Pour les *concessions de chutes d'eau*, la loi du 16 octobre 1919 a fixé la possibilité du rachat (article 10, § 13) :
« La faculté de rachat pourra s'exercer à l'expiration d'un délai qui ne pourra être inférieur à 5 ans, ni supérieur

à 25 ans, à dater de la date fixée pour l'achèvement des travaux. »

A la différence du Cahier des charges précédent, le rachat est limité entre deux dates extrêmes, alors qu'il pouvait avoir lieu à toute époque pour les concessions de tramways.

Le concessionnaire, dans l'hypothèse du rachat, va donc être brusquement dépouillé de ce qu'il aura établi : pour amener un peu de justice dans cette situation, le Cahier des charges adopte la combinaison suivante : il faut que le concessionnaire, pendant la durée sur laquelle il était encore en droit de compter, touche une annuité égale à la moyenne du produit des 7 années précédant celle où le rachat sera effectué, déduction faite des 2 plus mauvaises.

Quant au prix des ouvrages dépendant de la concession, il est considéré comme amorti en 15 années; pour tous les ouvrages effectués depuis moins de 15 ans, le concessionnaire en donnera l'état avec pièces justificatives, et la somme lui sera remboursée avec déduction d'un quinzième par chaque année qui sera écoulée depuis l'achèvement de chaque ouvrage.

Mais le rachat peut avoir lieu avant les 20 premières années à partir de la date fixée pour l'achèvement des travaux; la jouissance de la concession pendant le temps qu'elle a duré peut n'avoir pas donné au titulaire des produits tels que leur moyenne conduise à une annuité avantageuse; d'autre part, si le rachat a lieu par exemple après 15 ans, tous les travaux sont considérés comme amortis. Le Cahier des charges laisse au concessionnaire le droit de demander le remboursement des dépenses de premier établissement augmenté des intérêts intercalaires,

et les frais de constitution de sociétés, et l'on ajoutera à ce qu'on appelle « les insuffisances », c'est-à-dire la différence qui aura existé entre la recette brute et les charges de l'exploitation, l'intérêt et l'amortissement des emprunts contractés pour l'établissement de l'usine, et l'intérêt des sommes fournies par le concessionnaire au moyen de ses propres ressources ou au moyen de son capital-actions.

3^e SECTION

Cahier des charges pour les distributions d'énergie électrique *

(décret du 28 juin 1921).

On constate dans ce cahier une nouvelle modification dans la possibilité du rachat par l'autorité concédante. D'après l'article 23, « à toute époque l'Etat aura le droit de racheter la concession entière moyennant un préavis de deux ans ».

La rédaction de cet article paraît, à première vue, assez bizarre : elle commence par l'affirmation d'un principe ; il faut évidemment comprendre cet article comme si l'on y lisait ces mots : « A toute époque, l'autorité concédante pourra prévenir le concessionnaire que, dans le délai de deux ans, il sera procédé au rachat. »

Donc, le rachat dans cette concession ne peut avoir lieu sans un certain délai ; c'est un avantage pour le concessionnaire, qui aura ainsi le temps de prévoir le rachat annoncé.

Toujours d'après l'article 23 :

« En cas de rachat, le concessionnaire recevra pour toute indemnité :

« 1° Pendant chacune des années restant à courir jusqu'à l'expiration de la concession, une annuité égale au produit net moyen des 7 années d'exploitation précédant celle où le rachat sera effectué, déduction faite des deux plus mauvaises...

« Dans aucun cas, le montant de l'annuité ne sera inférieur au produit net de la dernière des 7 années prises pour terme de comparaison.

« 2° Une somme égale aux dépenses dûment justifiées, supportées par le concessionnaire pour l'établissement de ceux des ouvrages de la concession subsistant au moment du rachat, qui auront été régulièrement exécutés pendant les n années précédant le rachat, sauf déduction pour chaque ouvrage de $1/n$ de la partie de sa valeur supportée par le concessionnaire pour chaque année écoulée depuis son achèvement.

« L'Etat sera, en outre, tenu de se substituer au concessionnaire pour l'exécution des engagements pris par lui en vue d'assurer la marche normale de l'exploitation et de reprendre les approvisionnements en magasin ou en cours de transport, ainsi que le mobilier de la distribution; la valeur des objets repris sera fixée à l'amiable ou à dire d'experts et sera payée au concessionnaire dans les 6 mois qui suivront leur remise à la commune... »

« ARTICLE 24. — Remise des ouvrages :

« En cas de rachat ou en cas de reprise à l'expiration de la concession, le concessionnaire sera tenu de remettre à la commune tous les ouvrages et le matériel de la distribution en bon état d'entretien.

« La commune pourra retenir, s'il y a lieu, sur les indemnités dues au concessionnaire, les sommes nécessaires pour mettre en bon état toutes les installations. »

A la question relative à l'obligation de remettre les ouvrages en bon état, on fait remarquer que, d'une part, l'article 24 dit qu'en cas de remise, en fin de concession, des ouvrages à la commune, celle-ci pourra retenir les frais de remise en bon état d'entretien sur les indemnités qu'elle devra, et, d'autre part, la remise étant faite gratuitement, aux termes de l'article 22, il n'y aura aucune sanction possible. C'est une erreur : l'article 24, dans son premier alinéa, fixe un principe : la livraison en bon état d'entretien ; dans son deuxième alinéa, il donne un moyen d'exécution : la retenue du coût de cette remise en état sur les deniers que la commune pourrait devoir ; si elle ne doit rien, elle n'aura rien à retenir ; mais elle pourra néanmoins poursuivre le recouvrement de ce qu'elle estimerait lui être dû.

4^e SECTION

Cahier des charges de distribution d'éclairage par le gaz.

D'après l'article 22, la commune n'a le droit de racheter la concession qu'à l'expiration des 15 premières années de la concession et ensuite à la fin de chaque période quinquennale, moyennant un préavis de 2 ans.

Les possibilités de rachat sont donc beaucoup plus réduites que dans les autres Cahiers des charges.

L'article 23 déclare ensuite :

« En cas de rachat, ou en cas de reprise à l'expiration de la concession, le concessionnaire sera tenu de remettre à la commune tous les ouvrages et le matériel de la distribution en état normal de service. »

Une circulaire ministérielle relative au modèle de ce

Cahier des charges donna une interprétation plus large des clauses de rachat, en indiquant notamment :

« Les communes pourront envisager d'autres cas de rachat que ceux prévus à l'article 22. Je crois devoir signaler notamment trois hypothèses dans lesquelles le contrat pourrait réserver à la commune, si celle-ci le juge avantageux pour ses intérêts, le droit de racheter la concession :

« 1° Lorsque le concessionnaire refusera de réaliser des progrès de fabrication qui seront en application au moins dans concessions d'importance équivalente, et qui permettront de réaliser une économie d'au moins % dans le prix de revient du gaz;

« 2° Lorsque le concessionnaire refusera de consolider sur la demande de la commune, jusqu'à l'expiration de sa concession, comme prix forfaitaire définitif, le prix du mètre cube de gaz tel qu'il sera résulté à un moment donné de l'application de la formule;

« 3° Lorsque, pendant une période de 5 années consécutives, il n'y aura pas eu de partage des bénéfices au moins pour deux exercices. »

En résumé, de la lecture des différents Cahiers des charges, on peut conclure que si les conditions de rachat diffèrent, leurs grandes lignes sont les mêmes; en général, le rachat peut avoir lieu à toute époque moyennant un préavis; cependant, souvent pendant les premières années de l'exploitation, les conditions de l'opération de rachat sont différentes, car pendant cette période le concessionnaire n'a pu faire encore de bénéfices.

Le droit de rachat par l'Administration d'une entreprise concessionnaire d'un service public est donc le plus

souvent réservé dans le traité, qui détermine en même temps les conditions dans lesquelles il pourra s'exercer; à défaut de cette réserve, le rachat ne serait possible qu'en vertu d'une loi.

CHAPITRE V

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L'IDÉE DE RACHAT

1^{re} SECTION

La notion de rachat des concessions au XIX^e siècle.

Venant d'étudier les clauses de rachat, soit des Cahiers des charges, soit des lois, il nous est loisible maintenant de suivre l'évolution progressive et les changements de la notion de rachat. En effet, il s'est produit depuis plusieurs années, sous l'influence de doctrines socialistes, une évolution du rachat dans un sens de moins en moins favorable aux concessionnaires.

L'idée dominante et vivement soutenue par certains auteurs est que le mode d'exploitation des services publics est la régie, c'est-à-dire l'exploitation directe par la puissance publique. La concession est un mode exceptionnel de gestion; son emploi a été fortement utilisé à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci; mais depuis la guerre de 1914 il a beaucoup diminué.

Pendant cette évolution, la clause de rachat a joué un certain rôle, car c'était une arme dont pouvait bénéficier, soit le concessionnaire, soit le concédant.

Le rachat, nous l'avons vu, résulte du principe que l'Etat n'a pas le droit de renoncer pour toujours ou pour une trop longue période à son pouvoir étatique : ce pouvoir est inaliénable en lui-même et dans ses manifestations.

D'autre part, la concession étant un mode de gestion non habituel des services publics, l'Administration doit pouvoir s'en dégager.

Seulement l'utilisation de cette clause de rachat pouvait être, selon les conditions, insérée dans les Cahiers des charges, plus ou moins difficile ou dure pour le pouvoir concédant.

C'est ainsi que dans les premières concessions établies dans une période de libéralisme économique et de défense des intérêts particuliers, la clause de rachat était très favorable aux concessionnaires. On voulait protéger les sociétés gestionnaires des services publics de la menace qui pesait sur elles de la possibilité du retour de ces services à l'Administration; on empêchait ainsi des rachats abusifs ou faits dans des conditions injustes pour les particuliers dont les droits aux bénéfices n'étaient plus sauvegardés.

Seulement on laissait libres les concessionnaires d'exploiter les services selon leurs désirs, d'où danger de taxation abusive des usagers; ils pouvaient en profiter, car ils n'ignoraient pas qu'en cas de rachat, grâce aux clauses insérées dans les contrats, leur éviction ne leur ferait rien perdre de leurs bénéfices.

Dès la fin du XIX^e siècle, des demandes nombreuses furent faites pour modifier cet état de choses et pour laisser le soin aux pouvoirs publics d'exploiter certains services. C'est ainsi, par exemple, que des propositions furent souvent renouvelées au Parlement pour le rachat des concessions de chemins de fer.

Dans l'état où étaient inscrites les clauses de rachat, les conséquences qui auraient découlé de la reprise par l'Etat des concessions de chemins de fer relevaient de deux

ordres d'idées bien distincts : le premier, relatif à la répercussion financière, aurait frappé l'ensemble des contribuables ; le deuxième, plus spécial, avait rapport aux conditions d'exploitation.

Les Chambres faisaient ressortir les fâcheux effets qu'aurait exercé, sur les finances de l'Etat, le rachat des chemins de fer.

Certains esprits avaient du reste compris que ce rachat serait la voie ouverte au socialisme ; car s'il y avait dans cette question des motifs avoués, les motifs dissimulés étaient le désir de faire du socialisme d'Etat et de commencer par une expérience en diverses manières pour développer ultérieurement cette conception.

2^e SECTION

La notion de rachat des concessions à l'époque contemporaine.

Depuis la guerre de 1914-1918, cette tendance générale de la puissance publique à se substituer aux particuliers dans les entreprises d'intérêt général pour les gérer au profit de tous et attribuer à la collectivité les bénéfices de leur exploitation a été permise par la modification des conditions du rachat dans un sens de moins en moins favorable aux concessionnaires.

L'influence prépondérante fut celle de la doctrine socialiste qui préconisait que, pour qu'une branche quelconque de la production ou de la consommation soit socialisable, il faut qu'elle devienne propriété collective.

Pour qu'elle soit ensuite socialisée, il faut qu'elle soit exploitée en commun par ceux qui la possèdent.

Etant donné cette formule, il y a, d'une part, les exploitations industrielles de l'Etat qui, de propriété individuelle, sont devenues propriétés collectives de la nation (allumettes, tabacs, P.T.T., etc.); il y a, d'autre part, les exploitations industrielles et commerciales capitalistes, qui, de propriété individuelle, sont devenues propriétés collectives de sociétés anonymes (Chemins de fer, forces hydrauliques, éclairage, gaz, etc...).

Pour que ces dernières soient socialisées, il faut qu'elles soient exploitées collectivement. Pour arriver à ce résultat, les Administrations rachetèrent les concessions faites à des Compagnies privées. Il leur semble que des monopoles d'un caractère aussi essentiellement public, intéressant la généralité des habitants, doivent être gérés dans l'intérêt de tous, et que les bénéfices qui résultent de leur exploitation doivent profiter à tous. Cette doctrine est connue sous le nom de « Socialisme municipal ».

Les socialistes regardent le « collectivisme municipal » comme un diminutif du collectivisme général d'Etat et comme un moyen d'y arriver. Ils voient dans les régies collectives « l'amorce de la socialisation de tous les moyens de production et de la consommation ». Le programme socialiste déclarait en effet : « Par socialisme municipal on ne peut entendre un socialisme spécial, mais seulement l'application de principes généraux du socialisme à un domaine spécial de l'activité politique. » Pour Anton Menger (1), « il faut réaliser le socialisme dans le cadre municipal avant de le réaliser dans le cadre national... ».

La nationalisation des entreprises apparaît donc, dans la conception syndicaliste, comme la reprise par la collec-

(1) Anton Menger : *L'Etat socialiste*.

tivité et non par l'Etat de toutes les entreprises existantes appartenant à des sociétés privées ou à des particuliers (1).

Cependant il faut constater que les programmes et les plans de ces dernières années sont plus souples, plus limités dans leurs ambitions que ceux d'autrefois. L'application de la socialisation est moins large; la partie soumise à la nationalisation ne sera pas, d'après les récents programmes socialistes (plan de la C. G. T. de 1935, plan de la C. F. T. C. de 1936), gérée par des entreprises d'Etat; on ne doit pas confondre Socialisme et Etatisme. Mais les écrivains socialistes ou socialisants y furent amenés par les expériences récentes : expérience française qui a fait valoir que la substitution de l'Etat aux particuliers s'accompagnait d'une baisse de la production (2).

Mais si la clause de rachat devait permettre aux Pouvoirs Publics de reprendre les services qu'ils avaient concédés, elle a aussi pour raison d'être la possibilité pour l'Administration d'empêcher les concessionnaires d'abuser des droits qui découlent de leur situation privilégiée.

Pour arriver à ce double résultat, en ces dernières années, les conditions du rachat ont été modifiées dans les Cahiers des charges ou par des lois; elles sont devenues moins dures et moins onéreuses pour le concédant qu'autrefois, au détriment des intérêts particuliers des concessionnaires. Cela permet de réserver l'avenir de l'exploitation des services publics.

Mais le Conseil d'Etat, défenseur des intérêts des particuliers, s'est presque toujours prononcé nettement en

(1) Le collectivisme, dit JAURÈS, est « la substitution de la Nation, de la collectivité sociale aux individus dans la propriété des moyens de production ».

(2) Cf. PIROU : Néo-libéralisme, néo-corporatisme, néo-socialisme.

faveur des concessionnaires, et c'est à leur profit qu'il interprète les clauses douteuses des Cahiers des charges. Il a mis à la charge des Administrations des indemnités quelquefois formidables. Dans la fixation du prix de rachat, il fait état de bénéfices non prévus au Cahier des charges primitif.

On voit maintenant l'intérêt que peut présenter une étude historique de la clause de rachat.

Sans les développements précédents sur les conditions dans lesquelles s'est établie l'idée de rachat, nous n'aurions aucun moyen d'interpréter juridiquement les dispositions des clauses de rachat.

Les règles fondamentales qui organisent la reprise anticipée des services publics ont pris leur forme à peu près définitive vers le milieu du XIX^e siècle.

Et, tandis que les rapports existant entre l'Etat et les sociétés se modifiaient avec le temps, la clause de rachat restait, tout au moins dans ses lignes fondamentales, à peu près identique à elle-même. C'est ce que nous allons étudier maintenant.

DEUXIÈME PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU POUVOIR DE RACHAT

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DE LA NATURE JURIDIQUE DU POUVOIR DE RACHAT

1^{re} SECTION

Définition du pouvoir de rachat.

L'Administration possède le pouvoir de rachat, non seulement si celui-ci est prévu dans l'acte de concession, mais même au cas de silence de cet acte, parce qu'il n'est qu'un cas particulier du pouvoir général de l'Administration pour l'organisation des services publics.

On entend par rachat la reprise par le concédant du service concédé avant l'arrivée du terme fixé pour l'expiration normale du terme de la concession, et moyennant indemnité. M. DUPUY-DUTEMPS s'est justement élevé contre l'emploi de cette expression de rachat (1). « Il ne peut y avoir rachat, dit-il, là où il n'y a pas de vente, et on sait

(1) *Gazette des Tribunaux*, 15 et 16 octobre 1906, p. 893.

que les concessions de chemins de fer sont hors du commerce; le concédant ne rachète donc pas la concession, il n'achète même pas les voies ferrées ou leurs accessoires qui sont incorporés au domaine public et dont il a acquis la propriété par le seul fait de cette incorporation. »

Quoi qu'il en soit, l'expression est consacrée par une pratique constante : si le rachat ne constitue pas un contrat de vente, il n'en est pas moins vrai qu'il comporte un des éléments essentiels de ce contrat : le prix. Le rachat ne saurait à la différence de la déchéance constituer une opération gratuite : il ne suppose aucune faute du concessionnaire; il n'est que l'exercice d'un droit du concédant : le préjudice qu'il cause au concessionnaire doit donc comporter une contre-partie pécuniaire.

Le rachat n'est au surplus que l'exécution d'une clause du contrat de concession. Pour combattre cette opinion, M. PAYEN soutenait que le droit de rachat ne saurait se justifier par une clause du contrat; cette clause constituerait alors au profit du concédant la condition potestative (*si volueris*) que l'article 1.174 du Code civil déclare inconciliable avec la validité de toute obligation, et par suite de tout contrat synallagmatique. M. DESBATS ne partageait pas cette opinion : la clause contractuelle de rachat présente à son avis le caractère alternatif et non potestatif : le concédant est libre d'opter entre l'exécution du contrat de concession ou la reprise de la concession dans les conditions prévues au contrat : telle serait la clause de résiliation dans un contrat de louage ou même la clause de réméré dans un contrat de vente : elle n'est pas potestative au sens de l'article 1.174 parce qu'elle ne laisse au concédant que l'option entre deux modes d'exécution de son contrat sans le laisser libre, par le seul fait de sa

volonté, de se soustraire à la fois aux deux modes d'exécution prévus par le contrat.

Cette discussion ne présente, au surplus, qu'un intérêt théorique, car si le rachat des concessions est impossible avec certaines lois comme celle de 1865, s'il n'a pas été prévu au contrat, la faculté de rachat est sous-entendue dans les concessions accordées à titre perpétuel en raison du caractère d'inaliénabilité du domaine public, qui est exclusif du caractère de perpétuité de la concession.

Pour déterminer la nature juridique du pouvoir de rachat, nous allons le rapprocher d'opérations juridiques connues, comme la résiliation des concessions de service public, l'expropriation pour cause d'utilité publique, la vente. C'est ce que nous examinerons dans les trois sections suivantes.

2^e SECTION

Le rachat et la résiliation facultative de la concession de service public.

Au sujet du droit de l'Administration de mettre fin à la concession par le rachat, certains jurisconsultes se sont trompés; ils ont cru que la concession, à raison de ses conditions économiques et financières spéciales, à raison de la longue durée du contrat, excluait le droit de l'Administration de mettre fin, à tout instant, à la concession. Ils ont opposé, à cet égard, le contrat de concession de service public aux marchés administratifs de travaux publics ou de fournitures. M. CHARDENET (1) a rapproché avec raison le rachat de la résiliation facultative :

(1) Conclusions Conseil d'Etat, 30 mars 1916. Compagnie du Gaz de Bordeaux, SIREY, 1916-III-17, avec note de M. HAURIOU.

« Au cas de marché de travaux publics ou de fournitures, disait-il en 1916, l'Administration peut toujours résilier le marché, sauf à allouer une indemnité à l'entrepreneur ou au fournisseur, si elle ne relève aucune faute à sa charge, et le juge administratif excéderait sa compétence en annulant la décision prononçant la résiliation. Il devra se borner à condamner l'Administration à payer une indemnité s'il estime injustifiée la mesure qui a été prise. Au cas de concession, l'Administration peut-elle renoncer à se prévaloir du contrat ? Peut-elle renoncer à en poursuivre l'exécution ? Elle devra procéder au rachat... Il ne restera à l'Administration qui ne voudrait plus de son concessionnaire, il ne lui restera que la ressource de mettre fin à la concession en procédant au rachat, seul mode de résiliation facultatif autorisé au Cahier des charges » (1).

Ces solutions s'expliquent par la différence qui existe entre l'entrepreneur ou un fournisseur ordinaire et un concessionnaire. Ce dernier exécute les travaux ou assure un service public par ses moyens propres, sous la surveillance de l'Administration et sous son contrôle, mais non pas sous son autorité absolue ; il a surtout le droit d'« exploiter l'ouvrage public ou d'assurer le service public pendant une période de temps déterminée et de se rémunérer de ses dépenses en percevant des redevances sur les usagers ».

M. CHARDENET a tout à fait raison de qualifier le rachat de seul mode de résiliation facultatif du contrat de concession. Toutefois, on peut reprocher à l'exposé de M. CHARDENET de ne pas assez nettement distinguer la

(1) Voyez notamment Conseil d'Etat, 8 février 1878, PASQUET, Rec. p. 127; 20 janvier 1905, Ville de Langres, Rec. p. 55; 22 mai 1914, BORTET, Rec. p. 628.

résiliation facultative par l'Administration de la résiliation prononcée par l'Administration comme sanction des fautes commises par le contractant.

Lorsque le juge du contrat, sur une résiliation facultative prononcée par l'Administration, alloue une indemnité, ce n'est pas, comme semble le dire M. CHARDENET, parce que la décision prononçant cette résiliation serait injustifiée. L'Administration est pleinement justifiée à prononcer la résiliation d'un contrat administratif devenu inutile. L'indemnité est la réparation du préjudice causé au contractant pour une mesure pleinement justifiée par l'intérêt public. L'indemnité a le caractère d'une indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique. La confusion provient du fait que le même mot résiliation sert à désigner des choses qui sont tout à fait différentes. Le mot résiliation ne devrait jamais être employé sans un qualificatif. Il y a la résiliation facultative ou sur demande, à la suite de l'exercice du droit inaliénable, légitime, indispensable de l'Administration de mettre fin à tout instant au contrat administratif; il y a la résiliation pour faute du contractant, à laquelle il conviendrait de réserver le mot de déchéance. Lorsque l'Administration prononce à tort la déchéance d'un concessionnaire de service public, le juge du contrat devra remettre le concessionnaire en possession. Lorsque l'Administration décide le rachat, le juge de contrat ne peut pas s'opposer au rachat et déclarer que le concessionnaire sera maintenu en possession.

Il y a aussi une différence entre le rachat de concession de service public et le droit de l'Administration d'ordonner à tout instant la cessation des travaux dans le cas de construction de travaux publics. Lorsque l'Administration estime que l'entrepreneur est en faute, a commis une viola-

tion de ses obligations, et que pour ce motif elle prononce la déchéance de l'entrepreneur, la résiliation aux torts de l'entrepreneur, le Conseil d'Etat peut être appelé par l'entrepreneur à constater que la faute alléguée n'existe pas et que, par suite, l'Administration n'aurait pas dû prononcer la déchéance, la résiliation. Logiquement, il faudrait dire que la décision de résiliation pourra être annulée par le juge et que l'entrepreneur pourra être remis en possession de son marché. Cette solution serait la plus avantageuse pour l'Administration. L'indemnité de résiliation pourrait être moins élevée, à raison des bénéfices que retirera l'entrepreneur de la continuation de l'exécution du marché.

Cependant, le Conseil d'Etat a retourné ce droit contre l'Administration; elle l'interprète à son préjudice.

Le Conseil d'Etat considère la décision de résiliation comme inattaquable, non susceptible d'être annulée, même si les faits qui l'ont motivée sont inexacts. L'entrepreneur a le droit d'exiger que la résiliation prononcée à tort soit maintenue et que lui soit allouée une indemnité à raison du préjudice subi par suite de la résiliation. L'indemnité pourra être plus onéreuse pour l'Administration que la continuation du contrat.

M. CHARDENET a raison quand il déclare (1) : « Si nous comparons le contrat de concession au marché de travaux publics ou de fournitures, nous trouvons que malgré les analogies avec le marché de travaux publics, il en diffère essentiellement à bien des points de vue. »

Et M. ROMIEU (2) oppose le rachat et l'abandon de travail

(1) Conclusions Conseil d'Etat, 30 mars 1906. Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, Rec. p. 126 et suivantes. R. D. P. 1916, P. 215.

(2) Conclusions Conseil d'Etat, 20 janvier 1905. Compagnie Départementale des Eaux, Rec. p. 60.

public : « Dans le marché des travaux publics ordinaires, il est admis que le maître de l'ouvrage a toujours le droit de rompre le contrat... en indemnisant l'entrepreneur tout à la fois du préjudice causé et du manque à gagner... Dans le cas de concession de services publics, au contraire, on reconnaît au concessionnaire un droit acquis à la jouissance de sa concession pendant la durée prévue au contrat. S'il n'est pas en faute, il ne peut en être privé que par le rachat, et conserve ainsi la possibilité de bénéficier de l'aléa favorable de la concession. »

Cet exposé est exact au fond si la forme n'est pas parfaite.

Le rachat, quoique se rapprochant d'opérations administratives relatives aux marchés de travaux publics, s'en sépare, mais pour déterminer sa nature juridique exacte, on peut le mettre en comparaison avec d'autres théories juridiques bien connues, comme l'expropriation pour cause d'utilité publique et le contrat de vente.

Dans les deux sections suivantes nous examinerons si le rachat des concessions ne peut être assimilé à une expropriation ou à une vente.

3^e SECTION

Le rachat et l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le rachat ne serait-il pas identique à l'expropriation pour cause d'utilité publique ? Il semble s'en rapprocher sensiblement.

On peut en effet définir l'expropriation de la manière suivante : « L'acte par lequel l'Etat impose à un particulier la cession d'une propriété immobilière dans un but

d'utilité publique, et cela moyennant une indemnité juste et préalable et suivant une procédure particulière » (1).

Si nous comparons cette définition à celle du rachat, nous trouvons dans l'une comme dans l'autre un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, un prix payé et une procédure spéciale. Cependant, malgré ces ressemblances, on constate des différences importantes.

1° La concession ne conférant aucun droit de propriété au concessionnaire, le concédant ne saurait procéder à une expropriation; l'expropriation, en effet, a pour but de transmettre la propriété de l'exproprié à l'expropriant. Or, le droit de propriété du service n'a jamais cessé d'appartenir au concédant; seul l'exercice d'une partie de ce droit a été délégué à temps au concessionnaire.

2° Le rachat, ne constituant que l'exécution d'une clause contractuelle de la concession et non une expropriation d'utilité publique, ne pourra être imposé au concessionnaire que dans les formes et moyennant les conditions prévues au contrat; mais, par contre, le concessionnaire sera sans droit pour en contester l'utilité au point de vue de l'intérêt public, et le but fiscal alors même que ce but fiscal ressortirait nettement de la délibération du Conseil Général (ou Municipal) portant rachat. M. PAYEN, au contraire, estimait que si le concessionnaire est sans recours contre la loi autorisant le rachat, il pourrait, au contraire, au cas où il jugerait le rachat arbitraire, déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir la délibération du Conseil Général ou Municipal qui demanderait le rachat pour des motifs auxquels l'intérêt public serait étranger (notamment dans un intérêt purement fiscal et

(1) Définition de M. BONNARD.

en vue d'exploiter en régie une entreprise fructueuse), ou le décret qui autoriserait les mesures préliminaires du rachat.

3° Le rachat, ne constituant pas une expropriation, ne comporte pas l'enquête préalable prévue par les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841. Il nous paraît qu'il y a là une lacune regrettable et on pourrait souhaiter que la loi eût subordonné l'exercice du droit de rachat à une enquête d'utilité publique à laquelle auraient pu se produire des avis éclairés et compétents.

4° Enfin, de ce que le rachat n'est pas une expropriation, il résulte que l'indemnité de rachat est fixée, non pas par un jury, comme le fut longtemps l'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841), mais par une commission arbitrale dont la composition a été fixée dans plusieurs lois.

Certains auteurs semblent reconnaître au rachat, tout au moins au rachat d'office, le caractère d'expropriation; il en résulterait qu'il ne pourrait être opéré que dans un but d'intérêt public. Que ce soit là un desiderata d'ordre économique et même un principe dont doit, jusqu'à un certain point, s'inspirer l'autorité législative ou gouvernementale dans l'exercice du droit d'approbation qui lui est conféré par certaines lois et qui peut tenir compte de tous les éléments d'opportunité de l'opération proposée, nous n'y contredirons point. Mais il ne faudrait pas pousser ce principe à l'extrême et en faire résulter des conséquences juridiques qui seraient en contradiction avec l'état de la législation.

4^e SECTION

Le rachat et le contrat de vente.

Le rachat ne s'analyse pas en une vente :

D'abord parce qu'il n'est pas, de sa nature, une transmission, mais une résiliation. Il met fin à une situation juridique (la concession), alors que la cession a pour objet de la prolonger au profit d'un tiers. Cette distinction est particulièrement bien mise en lumière par un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, du 5 mars 1930.

Ensuite parce que le rachat ne comporte pas la stipulation d'un prix, mais celle d'une indemnité, et qu'il n'y a pas vente sans un prix (articles 1.583 et 1.589 du Code civil). Il s'agit, selon la formule de M. PICHAT (1), « de rendre le concessionnaire indemne et lui assurer, jusqu'au terme assigné à la concession, la jouissance de tous les avantages sur lesquels il était en droit de compter en vertu du contrat ».

Ce caractère indemnitaire est précisé par les considérations suivantes :

a) Le concessionnaire est indemnisé de tout le manque à gagner qu'il subit jusqu'à la date d'expiration normale de la concession, alors qu'un prix de vente excède rarement le produit des trois ou quatre dernières années de bénéfices.

Le paiement des installations se fait, non d'après leur valeur vénale, mais — ce qui conduit à des appréciations généralement plus élevées — d'après les charges d'amortissement subsistantes. Même chose pour l'amortissement du capital-actions.

(1) Conclusions sous arrêt du Conseil d'Etat du 23 février 1906. Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Lyon, Rec. p. 172.

L'estimation se fait en somme, non d'après le profit que peut retirer le concédant du rachat de la concession, mais d'après le préjudice résultant pour le concessionnaire de son retrait prématuré, ce qui est bien le signe distinctif de l'indemnité et qui l'oppose au prix de vente.

b) L'annuité de rachat ne peut jamais comporter un bénéfice proprement dit au profit du concessionnaire.

c) Il est, par contre, tenu compte dans cette annuité des charges d'amortissement afférentes aux installations dont le concédant ne devient pas propriétaire (1), ce qui démontre bien que l'idée de transmission est inapte à rendre compte de l'indemnité de rachat.

d) Même si, d'après les stipulations des parties, la reprise de la concession devait se faire à titre gratuit à la date d'expiration normale du contrat de concession, il y a lieu à une indemnité de rachat : cette indemnité ne paie pas la transmission, mais le préjudice inhérent à la privation prématurée de la concession (2).

A toutes ces raisons de droit, s'ajoutent des raisons d'équité.

Pour une même concession, l'indemnité de rachat est très supérieure au prix de cession dont elle est susceptible, précisément en raison du caractère indemnitaire de la première.

De plus, il est facile d'apercevoir que l'annuité de rachat ne fait que suppléer aux avantages qu'eût procurés au concessionnaire l'exploitation prolongée jusqu'à son terme

(1) Conseil d'Etat, 24 avril 1931, Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi contre Ville de Bordeaux, Rec. p. 434; 26 juillet 1933, Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi, Rec. p. 892.

(2) Conseil d'Etat, 27 février 1935. Société des Eaux et du Gaz de Courtenay, p. 256.

normal, avantages qui lui ont été garantis par le contrat de concession en contre-partie de ses engagements, c'est-à-dire à titre onéreux.

On trouve aussi en droit civil une opération qui semble à première vue ressembler fortement au rachat : c'est ce qu'on appelle la « *vente à réméré* », qui est le contrat par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose en restituant à l'acheteur le prix et les frais dans un délai convenu (article 1.659 du Code civil). Le réméré est donc une faculté de rachat, comme la loi l'appelle.

Cette faculté de rachat peut durer cinq ans au plus, parce que le réméré est une condition résolutoire qui rend la propriété incertaine et qui ne saurait se prolonger sans de grands inconvénients.

En sa qualité d'acheteur, ce dernier est propriétaire. C'est ici la différence fondamentale avec la concession de service public : le concessionnaire n'est pas propriétaire du service qu'il a mission d'exploiter.

On ne peut donc assimiler le rachat à une vente à réméré.

A propos de cette comparaison du rachat avec le contrat de vente, il s'est posé la question subsidiaire de savoir si l'impôt sur le revenu des créances est exigible sur l'annuité de rachat due au concessionnaire évincé : nous avons réservé l'étude de ce problème dans une autre partie de cet ouvrage.

Ce rapide exposé nous permet de conclure que le rachat des concessions, bien que se rapprochant d'opérations juridiques bien connues, en diffère cependant à certains points de vue. Il nous faut donc en déduire que le rachat est une opération *sui generis*.

Le droit de l'Administration de mettre fin à tout moment

à la concession de service public existe. Seulement, les conditions dans lesquelles il peut être exercé sont spéciales, parce que la situation économique et financière dans laquelle se trouve le concessionnaire est toute particulière. En général, la concession de service public suppose la mise en œuvre de capitaux très considérables; exemples, concessions de chemins de fer, de tramways, de distribution d'eau, d'électricité, de gaz, etc...

Pour la rémunération raisonnable de ces capitaux et pour leur amortissement, le concessionnaire a fait des calculs compliqués qui ont leur base sur la durée de la concession; suivant cette durée seront établis les amortissements; et suivant la durée de la concession et le développement de la consommation, les chances de gain seront plus ou moins considérables, etc... Evidemment, tout cela influera sur les tarifs des redevances que le concessionnaire percevra sur le public usager.

Etant données ces circonstances de fait, il est naturel que le droit de l'Administration de mettre fin, à tout instant, à la concession ne doit être exercé que moyennant certaines garanties pour le concessionnaire. Sans ces sûretés, l'Administration ne trouverait pas de concessionnaires ou n'en trouverait qu'en s'obligeant à de lourds sacrifices. D'autre part, si le concessionnaire n'avait pas la sécurité du lendemain et la perspective de réaliser des bénéfices, d'une manière ou d'une autre, sa collaboration au service public serait fatalement négligente.

Donc, le droit de l'Administration de mettre fin à tout moment au contrat de concession doit sauvegarder tous les intérêts légitimes du concessionnaire.

C'est ce qui a fait établir une théorie spéciale : le rachat de la concession.

Le rachat suppose essentiellement que l'exercice du droit de l'Administration est entouré de conditions qui, sans le supprimer complètement, donnent au concessionnaire la certitude que ses intérêts légitimes seront pleinement sauvegardés.

La théorie du rachat est donc une certaine combinaison entre le droit incontestable et inaliénable de l'Administration et les droits légitimes du concessionnaire.

CHAPITRE II

RÈGLES D'EXERCICE DU POUVOIR DE RACHAT

De ce que nous venons d'étudier, il résulte donc que la nature juridique du pouvoir de rachat doit varier suivant que ce pouvoir est prévu ou non par l'acte de concession. Le régime du rachat va donc différer suivant chacun de ces deux cas :

1° Au cas de silence du contrat, le pouvoir de rachat est un cas particulier du pouvoir général d'organisation des services publics. Par suite, il est de nature légale ou réglementaire ;

2° Au contraire, si le rachat est prévu par l'acte de concession, le pouvoir de rachat est alors d'ordre contractuel et il est régi par les règles prévues dans l'acte.

Cette distinction entre le pouvoir de rachat légal et le pouvoir de rachat contractuel entraîne des différences dans les règles de son exercice, règles qui s'inspirent des deux idées essentielles de la matière : droit de l'administration, garanties pour le concessionnaire.

Nous allons examiner ces différentes règles dans les trois sections suivantes :

1^{re} SECTION

Le silence du contrat.

Dans tout contrat de concession de service public, le droit de rachat est sous-entendu. Il n'est pas besoin de l'y inscrire. M. CHARDENET, dans ses conclusions de l'arrêt

du gaz de Bordeaux, semble dire que pour pouvoir être exercé, le rachat doit avoir été autorisé par le Cahier des charges : « Il ne restera à l'Administration qui ne voudrait plus de son concessionnaire... que la ressource de mettre fin à la concession en procédant au rachat, seul mode de résiliation facultatif autorisé par le Cahier des charges. » Telle ne peut être la pensée de M. CHARDENET; le droit de rachat est sous-entendu et inaliénable.

Toutefois, il vaut mieux l'inscrire expressément dans le contrat : d'abord on écartera ainsi toute contestation; ensuite, on ne manquera pas de régler les conditions du rachat : le rachat est, en effet, une opération très compliquée ; il vaut mieux que les parties contractantes se soient mises d'accord à l'avance sur les éléments du calcul de l'indemnité de rachat.

La loi du 11 juin 1880 relative aux chemins de fer d'intérêt local porte dans son article 6 que « l'autorité qui fait la concession a toujours le droit... 3° de racheter la concession aux conditions qui seront fixées par le Cahier des charges ».

Une application de cette règle a été faite dans l'arrêt du Conseil d'État du 22 janvier 1904 (Compagnie Genevoise du Gaz contre Ville de Menton) : en présence de clauses d'un contrat de concession de l'éclairage au gaz d'une ville ainsi conçues :

« ARTICLE 45. — Nouveau système d'éclairage.

« Dans le cas où la ville voudrait adopter un nouveau système d'éclairage, la Compagnie concessionnaire de l'éclairage public et particulier aurait seule le droit d'établir des appareils sur ou sous les rues et voies publiques pour l'exploitation du nouveau mode d'éclairage. On

adopterait le cahier des charges établi à Paris, à Marseille ou dans d'autres villes d'une importance égale et similaire à la ville de Menton, sauf à introduire les modifications indiquées par l'expérience ou justifiées par la situation géographique et les conditions particulières de la ville de Menton.

« ARTICLE 46. — Dans le cas où la Compagnie du Gaz ne voudrait pas se charger de l'application du nouveau système d'éclairage, la ville aurait le droit d'en faire la concession à une autre société... »

Il appartenait à la ville de dresser le cahier des charges du nouveau service d'éclairage et de mettre la Compagnie du Gaz en demeure de déclarer si elle voulait se charger de son application.

Si la Compagnie du Gaz devait être considérée, d'après les circonstances de fait, comme ayant suffisamment manifesté sa volonté d'obtenir la concession nouvelle aux conditions prévues par son contrat, mais sans avoir accepté intégralement, dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet, le cahier des charges qui lui avait été proposé par la ville, il y a lieu de faire vérifier par un expert si les conditions de l'application du nouvel éclairage établies par la ville étaient en réalité conformes à celles qui devaient servir de base à la mise en demeure.

La ville de Menton, ayant, en effet, décidé d'adopter à cette époque l'éclairage électrique, avait dressé un cahier des charges du nouveau service et avait mis la Compagnie du Gaz en demeure de déclarer si elle voulait se charger de son application.

Celle-ci, sans contester directement les propositions de la ville, avait formulé de son côté les conditions d'application de l'électricité et les avait présentées à la ville, qui

avait consenti à les discuter. Mais aucune réponse définitive de la Compagnie du Gaz n'étant intervenue dans les délais qui avaient été impartis à plusieurs reprises par la ville, le Conseil Municipal estima que l'attitude de la Compagnie du Gaz équivalait à un refus de se charger du nouvel éclairage et en avait concédé l'établissement et l'exploitation à un tiers.

Le Conseil de Préfecture, interprétant les contestations de la Compagnie du Gaz comme constituant un refus implicite, avait décidé que la ville était en droit de reprendre sa liberté d'action.

Le Conseil d'Etat a écarté la déchéance immédiate de la Compagnie du Gaz, en admettant qu'elle avait suffisamment, en fait, manifesté sa volonté d'obtenir la concession nouvelle aux conditions prévues par son contrat.

Mais il a tranché d'autre part une question intéressante : le contrat de concession d'éclairage par le gaz réservant à la Compagnie le droit de devenir concessionnaire du nouveau système, celle-ci en concluait qu'elle n'était pas simplement tenue de déclarer si elle acceptait le cahier des charges dressé par la ville, mais qu'elle avait le droit de proposer elle-même le mode d'application de l'électricité. Cette prétention a été repoussée : c'est à la ville qu'appartient l'initiative de l'établissement du nouvel éclairage ; c'est donc elle qui détermine les conditions de sa mise en œuvre.

La Compagnie du Gaz n'a, en définitive, qu'un droit de préférence, et le droit de la ville de déterminer le mode d'application d'éclairage électrique n'est subordonné qu'à la condition de conformer son cahier des charges qu'elle dressera aux stipulations du contrat de concession du gaz qui concernent l'adoption de ce nouveau système. La portée

des termes du contrat qu'il s'agissait d'interpréter est ainsi ramenée à celle d'un droit d'option.

Il faut donc conclure que le pouvoir de rachat existe au profit de l'Administration, même en cas de silence du contrat. On pourrait en douter cependant parce que la durée de la concession est une stipulation contractuelle; elle figure dans la partie essentiellement contractuelle de l'acte de concession. Il semble donc que le pouvoir de rachat, parce qu'il vient abréger la durée fixée, devrait être ou bien inscrit dans l'acte de concession, ou accordé conventionnellement par la suite. Mais il ne devrait pas être une opération unilatérale, possible même en cas de silence de la concession. Cependant, un tel rachat unilatéral et dans le silence de l'acte de concession est possible pour les raisons et aux conditions suivantes :

a) *Le droit de rachat ne peut pas être écarté par le contrat.*

Ce serait la renonciation du pouvoir de modifier l'organisation d'un service public. C'est un droit inaliénable et discrétionnaire de l'Administration de décider des modes d'organisation des services publics. A tout moment, l'Administration peut réorganiser le service, décider que l'organisation en service concédé sera remplacée par l'organisation en service exploité directement en régie. Ce pouvoir est d'ordre public.

Aucune stipulation contractuelle ne peut l'enlever à l'Administration. Une telle spoliation serait sans valeur. Ce pouvoir est, en effet, essentiel à l'Administration pour lui permettre de remplir une de ses obligations fondamentales qui est d'assurer le bon fonctionnement des services publics.

C'est ainsi que la stipulation contractuelle de l'acte de concession quant à la durée de la concession ne peut pas être interprétée comme ayant cette portée de faire obstacle au pouvoir de rachat de l'Administration, lorsque, par ailleurs, la concession ne prévoit pas ce rachat. Ce serait aller à l'encontre du pouvoir intangible d'organiser les services publics que possède l'Administration. Car en rachetant, l'Administration se propose soit de modifier l'organisation du service, soit de transformer la concession en régie.

Il suit de là que si le contrat de concession contient une clause aux termes de laquelle le rachat ne pourra pas être opéré avant un certain nombre d'années, cette clause ne doit pas être prise à la lettre. Prise à la lettre, elle serait nulle d'ordre public, comme portant renonciation à un droit inaliénable. Est, au contraire, valable juridiquement la fixation d'un délai de préavis de quelques mois, ou même d'une année. Le cahier des charges type pour la concession des voies ferrées d'intérêt local, approuvé par le décret du 20 novembre 1917, contient un article 36, paragraphe 1 : « Le département aura le droit de racheter la concession au 1^{er} janvier de chaque année. »

Cette clause doit être interprétée comme signifiant que, en cas de rachat avant l'expiration de cette période, le calcul de l'indemnité se fera d'après d'autres éléments que ceux prévus par le contrat pour le cas de rachat après cette période. On comprend très bien que l'indemnité de rachat soit plus forte dans l'hypothèse de rachat anticipé.

Si le rachat se produit de bonne heure, les amortissements restant à effectuer sont plus considérables : le concessionnaire n'a pas eu le temps d'amortir le capital engagé dans l'entreprise. De plus, très peu ou pas du tout

des bénéfices légitimes sur lesquels le concessionnaire pouvait compter ont été réalisés. Il est équitable et juridique que l'indemnité, au cas de rachat anticipé, tienne compte de ces considérations.

Ce sont justement ces considérations qui, au cas de fixation de l'indemnité de rachat par le contrat, entrent en compte. Dans le contrat on détermine d'une manière forfaitaire les bases de calcul; en cas de rachat anticipé, comme en cas de silence du contrat, le calcul de l'indemnité se fera sans forfait : ce sera plus difficile. Mais sur les bases de calcul il ne peut y avoir d'hésitation : les deux éléments à faire intervenir sont le préjudice causé (*damnum emergens*) et le bénéfice manqué (*lucrum cessans*).

b) *L'Administration ne possède ce pouvoir de rachat* en dehors de toute disposition de l'acte de concession que si le rachat est exercé dans le but en vue duquel il existe, soit en vue de substituer la régie à la concession.

Le rachat, en effet, serait juridiquement injustifié et entaché de détournement de pouvoir s'il était exercé pour remplacer le concessionnaire actuel par un nouveau. Car il n'y aurait plus rachat en vue d'établir un nouveau mode d'organisation du service; le remplacement ne peut être poursuivi que par voie de déchéance, et encore en cas de faute de sa part.

C'est du reste ce que rappelait M. SAINT-PAUL, commissaire du Gouvernement, dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 février 1906, en déclarant « qu'on ne saurait trop répéter que l'autorité concédante a la faculté de rachat dans un but d'intérêt général et non dans un intérêt fiscal ».

2^e SECTION

Le moment du rachat.

Pour le moment du rachat, si le pouvoir de rachat est d'ordre légal ou réglementaire, le rachat peut avoir lieu à tout moment et sans préavis. Car pour l'exercice d'une compétence légale ou réglementaire, l'Administration est toujours libre du choix du moment, à moins de disposition expresse à ce sujet.

Au contraire, si le pouvoir est contractuel, l'Administration est généralement liée dans une certaine mesure au moment de l'exercice du rachat. En effet, le plus souvent, l'acte de concession stipule que le rachat ne pourra avoir lieu qu'après un certain nombre d'années. L'Administration est liée par ce délai; elle ne pourra racheter qu'à l'expiration de ce délai.

La raison d'être de ce délai de rachat est de laisser l'entreprise atteindre son plein rendement, de façon que l'indemnité de rachat allouée au concessionnaire corresponde vraiment à la valeur du rachat.

Ainsi, par exemple, lorsqu'aux termes du cahier des charges d'une concession de distribution d'électricité le rachat peut être opéré à toute époque moyennant un préavis de deux ans, le concessionnaire n'est pas fondé à réclamer l'annulation de la délibération du Conseil Municipal décidant le rachat avec un tel préavis (1).

En principe, et à moins de règle contraire inscrite dans le traité, la résiliation ou le rachat d'une concession doit se faire dans les mêmes conditions et après les mêmes

(1) Conseil d'Etat, 14 juin 1939. *Sieur Gautheron contre Commune de Menerville*, Rec. p. 395.

autorisations que le contrat lui-même. Mais si le contrat prévoit qu'à l'expiration de certaines périodes la ville peut reprendre la concession, à charge de prévenir un certain temps à l'avance, il ne s'agit pas de rupture, mais d'une faculté pour l'Administration d'examiner à l'expiration de chaque période si le contrat doit être tacitement continué. Une délibération du Conseil Municipal, notifiée en temps voulu au concessionnaire, est donc suffisante pour produire cet effet (1).

Sur l'époque du rachat, les lois de 1880 et de 1913 par exemple sur les voies ferrées d'intérêt local sont muettes, car ce point est réglé par le cahier des charges type des chemins de fer d'intérêt local. Il résulte de cette clause que le rachat peut être opéré à toute époque. C'est en cette matière une différence avec les chemins de fer d'intérêt général, dont le cahier des charges ne porte autorisation de rachat qu'après les quinze premières années d'exploitation. Toutefois, comme les grandes Compagnies ont reçu la concession de lignes nouvelles, les conventions de 1883 prescrivaient que si l'Etat exerçait le droit de racheter la concession entière, les lignes qui n'auraient pas eu quinze ans d'exploitation seraient comprises dans ce rachat; leur évaluation se fait alors, non d'après leur produit net, mais d'après le prix du premier établissement.

3^e SECTION

L'autorité compétente.

Pour prononcer le rachat, l'autorité compétente varie suivant la nature juridique du pouvoir.

(1) Conseil d'Etat, 26 mars 1920. Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Rouen, Rec. p. 336.

L'autorité publique compétente pour décider le rachat est, en principe, l'autorité compétente pour accorder la concession, si le rachat est prévu par le contrat de concession. Si le rachat n'est pas prévu par le contrat, c'est l'autorité compétente pour organiser ou réorganiser le service public concédé.

Cette distinction s'impose. Dans le cas où le contrat a prévu le cas de rachat, le rachat de concession fait partie du contrat. L'autorité compétente pour le rachat sera celle, non pas qui administre, mais celle qui a compétence pour les acquisitions immobilières, parce que le rachat implique non seulement administration, mais acquisition d'immeubles.

Dans le deuxième cas, le rachat est l'exercice du pouvoir de réorganiser le service public. Il est un cas particulier du pouvoir général d'organisation des services publics; l'autorité compétente sera le chef de l'Etat ou les autorités locales, suivant qu'il s'agira de services d'Etat ou de services locaux.

Parfois la loi, pour certains services publics, désigne elle-même cette autorité et la procédure à suivre. La loi française s'inspire alors des idées qui dominent le régime de l'expropriation d'utilité publique. Il y a en effet un rapport très étroit entre le rachat d'une concession et une expropriation pour cause d'utilité publique. Exemple : loi du 30 juillet 1880 ayant pour objet de déterminer le mode de rachat des ponts à péage. D'après l'article 2, « le rachat de la concession de tout pont à péage dépendant de la grande ou de la petite voirie peut être autorisé et déclaré d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'Etat après enquête. L'enquête a lieu dans les formes déterminées par l'ordonnance du 18 février 1834 ».

La déclaration d'utilité publique après enquête est manifestement empruntée à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique.

De même, la loi du 31 juillet 1913 relative aux voies ferrées d'intérêt local prescrit dans son article 37 (modifié par la loi du 22 avril 1916 et par le décret du 1^{er} octobre 1926) : « En cas de rachat, la délibération du Conseil Général ou du Conseil Municipal doit être approuvée par un décret délibéré en Conseil d'Etat; toutefois, elle doit être approuvée par une loi si le rachat entraîne une augmentation du maximum de la subvention du Trésor résultant des lois et décrets antérieurs. »

Ce sont les idées générales qui inspirent la procédure de déclaration d'utilité publique en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Un arrêt du Conseil de Préfecture interdépartemental de Grenoble (1) illustre ces notions : d'après cette jurisprudence, lorsqu'une disposition d'un traité de concession prévoit que le concédant pourra procéder au rachat de l'entreprise à la condition de donner au concessionnaire un préavis de deux ans, un tel préavis ne pourra engendrer d'effet juridique qu'à la condition que la délibération du Conseil Municipal intervenue à cette occasion ait été régulièrement l'objet d'une approbation expresse ou tacite de l'autorité préfectorale.

Le Conseil de Préfecture dans son arrêté fait allusion à la controverse qui s'est élevée sur la question de savoir quelle est l'exacte portée des dispositions qui figurent dans les articles 15 et 16 du décret du 5 novembre 1926, mais il n'insiste pas, puisqu'il estime qu'en l'espèce cette

(1) 10 mars 1934 : Société d'Eclairage d'Aix-les-Bains contre Ville d'Aix-les-Bains.

controverse est sans objet. Il ne sera pas sans intérêt de rappeler ici l'essentiel de celle-ci.

Les dispositions du décret du 5 novembre 1926 qui sont en cause sont les suivantes :

« ARTICLE 15. — Les délibérations (des Conseils Municipaux) pour lesquelles une approbation par le ministre compétent, par un décret ou par une loi, est exigée par les lois et règlements, deviennent exécutoires de plein droit lorsqu'aucune décision n'est intervenue à leur égard dans un délai de trois mois à partir de leur dépôt à la sous-préfecture ou à la préfecture.

« Toutefois, en ce qui concerne les traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de trente ans des grands services municipaux, ce délai est de six mois.

« ARTICLE 16. — A moins de dispositions contraires résultant des lois et règlements, les traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de trente ans des grands services municipaux et les traités relatifs aux pompes funèbres sont approuvés par le préfet. »

Des dispositions de l'article 15, certains ont voulu conclure que les traités de concessions pouvaient, depuis le décret du 5 novembre 1926, être approuvés implicitement à la suite de l'expiration d'un délai de six mois écoulés depuis le jour du dépôt de la délibération du Conseil Municipal à la préfecture ou à la sous-préfecture.

Telle ne peut pas être pourtant la signification des textes ci-dessus reproduits.

La simple lecture de ces derniers montre que les articles 15 et 16 intéressent chacun un domaine différent. L'article 15 spécifie dans quelles conditions la délibération du

Conseil Municipal deviendra exécutoire, et l'article 16 indique comment sera approuvé le traité lui-même. Dans le premier cas, on est en présence d'un acte administratif de caractère unilatéral, et dans le second d'un acte de caractère contractuel. Le fait que la délibération du Conseil Municipal est considérée comme exécutoire à la suite d'expiration d'un délai déterminé ne peut être considéré comme équivalent à l'approbation d'un traité de concession à l'occasion duquel celle-ci a été prise.

Autrement dit, depuis la réforme consacrée par le décret du 5 novembre 1926 :

a) l'approbation de la délibération du Conseil Municipal est acquise implicitement quand un certain délai s'est écoulé;

b) et l'approbation du traité de concession lui-même qui, seule, rend le contrat parfait, doit être donnée par le préfet, et toujours d'une façon expresse.

Il y a là deux questions très différentes qui ne doivent pas être confondues (1).

Quand la collectivité concédante (département ou commune) est en effet mineure, on ne comprendrait pas que l'intervention de l'autorité supérieure nécessaire pour l'approbation de la concession ne fût pas appelée à s'exercer pour sanctionner le rachat.

Par exemple, la loi de 1880 ne posait ce principe que d'une manière générale pour toutes les modifications à la concession et sans référence particulière à l'opération du rachat; l'article 10, § 1 de cette loi disait notamment : « Tout changement de concessionnaire est la substitution de l'exploitation directe à l'exploitation par concession »,

(1) Voir Conseil de Préfecture de Montpellier : 1^{er} janvier 1932; Compagnie d'Electricité de Béziers.

c'est-à-dire les deux opérations qui supposent le rachat et auxquelles il aboutit.

Cette autorisation ne pouvait être donnée que par décret en Conseil d'Etat rendu sur avis conforme du Conseil Général ou Municipal suivant qu'il s'agissait en la matière de lignes concédées par le département ou par la commune.

La loi de 1880 présentait donc à ce point de vue un défaut d'harmonie puisqu'elle ne soumettait l'autorisation de rachat et l'examen des conditions de l'opération qu'au contrôle du Conseil d'Etat, alors qu'elle exigeait, tout au moins pour les lignes classées comme chemin de fer, que la déclaration d'utilité publique fut prononcée par une loi.

Le projet du Gouvernement sur la loi nouvelle de 1913 portait en tous cas nécessité de l'intervention du Conseil d'Etat : si le rachat était opéré à l'amiable, la convention devait être approuvée par décret en Conseil d'Etat. Si, au contraire, l'accord n'intervenait pas entre le concédant et le concessionnaire, soit sur le principe même du rachat, soit sur les conditions de l'opération, l'exécution de la délibération du Conseil Général (ou Municipal) décidant le rachat d'office ne pouvait être poursuivie qu'après autorisation par décret en Conseil d'Etat.

La règle édictée par l'article 37 de la nouvelle loi de 1913 sur les chemins de fer d'intérêt local correspond à une double nécessité de droit et de pratique. Le principe du rachat constitue, en effet, pour la collectivité concédante, un droit incontestable; le seul rôle du ministre des Travaux Publics est donc de poursuivre l'accomplissement des formalités indispensables pour la reprise des lignes rachetées et l'organisation, sur les bases légales, d'un nouveau mode d'exploitation.

Mais l'exercice même du droit de rachat emporte, comme conséquence, un nouveau régime de la ligne, rachetée (concession nouvelle, régie directe, etc.), qui peut présenter pour le département (ou la commune) des conséquences financières nécessitant un nouvel examen analogue à celui qui a eu lieu lors de la concession : il est donc naturel que cet examen soit confié à la même autorité que celle dont émanait la déclaration d'utilité publique, et c'est ce principe — qui violait l'article 10 de la loi de 1880 — qui est consacré par la loi de 1913.

Par suite, l'émission du décret ou le dépôt du projet de loi de rachat reste subordonné à la présentation par la collectivité rachetante du système nouveau d'exploitation par concession, adjudication ou exploitation directe; ce n'est que quand il sera saisi du dossier ainsi complet que le ministre des Travaux Publics pourra consulter le ministre de l'Intérieur, qui aura en main tous les éléments pour apprécier les conséquences du rachat au point de vue des finances départementales (ou communales).

A cette étude relative à l'autorité compétente pour prononcer le rachat d'une concession de service public se rattache la question subsidiaire de l'exercice du droit d'exiger le rachat de leur entreprise pour une certaine catégorie de titulaires de services publics. C'est le cas, par exemple, des propriétaires d'usine hydraulique fondée en titre, c'est-à-dire possédée en vertu d'une vente nationale effectuée pendant la Révolution de 1789.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 1936 (1) a donné une réponse à ce problème. D'après cet arrêt, en l'absence

(1) Société Glace et Oxygène d'Amiens, avec note de M. MESTRE. S. 1937. III-65.

d'une disposition de loi concrète, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître d'une contestation relative au droit de propriété.

C'est donc à l'autorité judiciaire et non au Conseil d'Etat qu'il appartient de connaître de la demande par laquelle le propriétaire d'une usine hydraulique qui tient ses droits, non d'une concession, mais d'un acte de vente nationale, entend imposer à l'Etat le rachat de son usine en se fondant sur un droit qu'il tiendrait de la loi du 16 octobre 1919.

Il en est ainsi, alors du moins que le propriétaire n'entend pas, par cette demande, faire résoudre la vente du bien national qu'il a acquis, car, dans ce dernier cas, c'est devant le Conseil de Préfecture qu'il lui appartiendrait de porter son action en premier ressort.

Dans sa note sous cet arrêt, M. MESTRE a bien étudié la question que posait l'exercice du droit de demander le rachat d'une usine ainsi fondée en titre; une telle usine comporte, en effet, en faveur de leur titulaire, des droits en principe perpétuels (article 29 de la loi du 16 octobre 1919) (1).

Dans la matière il s'agissait de l'octroi d'une concession hydraulique à la ville d'Amiens sur le même cours d'eau que l'usine, ce qui diminuait la hauteur de la chute desservant cette dernière. La Société, estimant que la loi de 1919 lui attribue le droit d'exiger dans ce cas le rachat de son usine par l'Etat, fait cette demande. Le ministre des Travaux Publics ne répondant pas, cette décision implicite de rejet est déférée au Conseil d'Etat, qui se déclare incompé-

(1) MESTRE : Le mystère de l'article 29 de la loi du 16 octobre 1919. Dalloz hebdomadaire, 1937. Chroniques, p. 7.

pétent, « s'agissant d'une contestation relative au droit de propriété ».

La question posée était celle de savoir si le titulaire d'une usine fondée en titre, dont la hauteur est diminuée par une autre concession sur le même cours d'eau, a le droit d'obtenir de l'Etat le rachat de cette usine. L'arrêt ci-dessus ne donne pas la réponse, puisqu'il constitue une décision d'incompétence.

L'usinier est bien propriétaire des bâtiments eux-mêmes, mais ce qui est en question, c'est la hauteur de la chute; et la diminution de force motrice ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de propriété.

Pour M. MESTRE, le Conseil d'Etat, s'il avait cru pouvoir statuer sur le litige, aurait rejeté la requête. En effet, le droit de l'usinier, fondé en titre, est perpétuel, alors que le rachat ne s'applique qu'à des droits temporaires ou à des droits perpétuels comportant des charges dont l'assujetti entend se libérer. Dans l'espèce, le titulaire de l'usine proteste, au contraire, contre l'éviction dont il est l'objet. Le « rachat » qu'il réclame n'a rien de commun avec celui du concessionnaire qui se trouve privé de son droit temporaire par une décision unilatérale du concédant prise en vertu d'une disposition formelle de la loi.

Mais M. MESTRE estime que l'usinier fondé en titre devrait entrer dans la dénomination générale des « titulaires de droits particuliers à l'usage de l'eau » visés par l'article 6 de la loi de 1919, qui impose en leur faveur au concessionnaire une indemnité en nature (eau ou force) en cas d'éviction totale ou partielle de leurs droits (1).

L'arrêt du Conseil d'Etat fait aussi allusion à un autre

(1) MAGNIER : Le droit des titulaires d'usines fondées en titre (1937).

procédé : l'Etat a le droit, au nom de « l'intérêt économique de la nation » (article 5 de la loi de 1919), d'attribuer des concessions de force motrice, même aux dépens des usiniers fondés en titre, comme avant 1919 les usiniers devaient appliquer les règlements de la police des eaux. Mais les droits de l'usinier ne seront pas sacrifiés : il aura le droit de retrouver, non seulement les sommes payées par son auteur pour l'acquisition de l'usine, mais encore celles qui représentent la plus-value acquise par ses installations depuis cette époque.

Le propriétaire d'une usine fondée en titre est donc bien protégé par ces deux procédés complémentaires.

Nous pouvons maintenant résumer cette étude de la nature juridique du pouvoir de rachat : elle nous a montré que ce pouvoir était, soit de caractère réglementaire, soit de caractère contractuel, que s'il devait être en général inscrit dans le cahier des charges, il pouvait néanmoins être sous-entendu; d'autre part, ce droit de rachat par l'Administration ne peut, en aucun cas, être écarté par le contrat; enfin, l'autorité compétente pour décider le rachat d'un service public est, en principe, l'autorité compétente pour accorder la concession.

C'est avec ces règles qu'il nous faut examiner maintenant la question importante et complexe de la liquidation de la concession et de la fixation de l'indemnité due au concessionnaire, quand l'Administration a décidé de procéder au rachat.

TROISIÈME PARTIE

LA LIQUIDATION DE LA CONCESSION

CHAPITRE PREMIER

L'OBJET DU RACHAT

Le rachat a essentiellement pour objet le service, ses installations et son matériel. On a été amené à préciser sur certains points la portée du rachat, en divisant l'opération quant à son objet, soit en rachat total, soit en rachat des entreprises annexes du service public :

1° **Rachat total.**

La règle est d'abord qu'en principe, le rachat doit être total, c'est-à-dire s'étendre à l'ensemble du service. Le rachat partiel, au contraire, n'est qu'une exception qui n'est possible que si l'acte de concession le prévoit expressément et en fixe exactement le domaine et la portée.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 25 novembre 1936 (1)

(1) Compagnie des Tramways du Loir-et-Cher contre Département du Loiret, Rec. p. 1020.

a mis en application cette règle. Lorsqu'à l'expiration d'une concession l'autorité concédante est en droit, aux termes du cahier des charges, de reprendre, à dire d'experts, le matériel roulant d'une Compagnie de tramways, en totalité ou seulement pour telle partie qu'elle jugera convenable. la double circonstance que l'autorité concédante s'est emparée de l'ensemble de la ligne afin d'assurer la continuité de l'exploitation et que l'inventaire dressé par les parties englobe la totalité du matériel roulant, n'est pas de nature à priver la collectivité du droit de n'exercer qu'un droit de reprise partiel. Aucun de ces faits n'a pu, en effet, avoir d'influence en ce qui concerne le transfert de propriété du matériel roulant.

2° Les entreprises annexes.

Le concessionnaire exploite parfois des entreprises distinctes du service concédé, mais en liaison avec lui. Pour décider si le rachat doit s'étendre à ces entreprises annexes, il faut distinguer suivant que l'entreprise fait ou non partie intégrante du service concédé.

Si l'entreprise ne fait pas partie intégrante du service, le rachat ne l'englobe pas obligatoirement. Il ne peut y avoir que rachat amiable par voie conventionnelle, car l'Administration ne peut pas l'imposer au concessionnaire ni le concessionnaire à l'Administration.

Si l'entreprise fait partie intégrante du service public, le rachat s'étend obligatoirement à cette entreprise. Il y a lieu alors à une indemnité spéciale pour cette dernière, à condition toutefois que celle-ci ait été prévue par l'acte de concession ou autorisée ensuite par l'Administration. Autrement, il n'y a pas lieu à indemnité spéciale.

CHAPITRE II

LA LIQUIDATION DE LA CONCESSION

Le rachat entraîne la liquidation de la concession. Cette liquidation des droits et obligations de l'autorité concédante ou du concessionnaire s'opère comme à l'expiration de la concession en considération de la reprise du service par l'Administration. A cet effet, la liquidation comprend :

1° L'attribution à l'Administration des installations et du matériel détenu par le concessionnaire et qui doivent revenir à l'Administration suivant la distinction des biens de retour et des biens de reprise;

2° Le règlement des rapports financiers entre l'autorité concédante et le concessionnaire, et notamment le remboursement des avances pour garantie d'intérêt.

1^{re} SECTION

Les installations et le matériel.

a) Les installations et le matériel se divisent, pour leur attribution à l'Administration, en *biens de retour* et *biens de reprise*.

Les biens de retour reviennent de plein droit et gratuitement à l'autorité concédante. Les biens de reprise peuvent ou doivent, suivant les cas, être repris par l'Administration moyennant un certain prix, dit prix ou indemnité de reprise.

La variété des clauses relatives à la fixation de cette

indemnité est grande; cependant, il y a deux cas généraux :

Dans le premier, l'indemnité correspond à la partie non amortie des dépenses de premier établissement (article 23 du cahier des charges des DISTRIBUTIONS d'énergie électrique de 1928). On déduit en conséquence de la valeur de chaque élément du premier établissement une annuité représentant un amortissement normal : cette indemnité est multipliée par le nombre d'années écoulé depuis la date de l'investissement jusqu'à l'époque du rachat; si cette somme obtenue n'atteint pas le chiffre du capital investi, la différence forme l'indemnité de reprise. On calcule l'amortissement d'après les règles définies par le traité et non d'après la comptabilité de la société concessionnaire.

Dans le deuxième cas, l'indemnité de reprise doit être égale à la valeur des installations. La valeur considérée est la valeur actuelle, la valeur d'utilisation : elle sera déterminée par une expertise, qui tiendra compte notamment de la dépréciation du matériel repris. Si les installations ont été détruites, du fait de la guerre par exemple, on en appréciera la valeur avant la destruction; l'évaluation sera faite comme si l'exploitation devait continuer. Il a été jugé qu'on ne devait pas faire état pour cette estimation du fait que certaines constructions ou certains appareils ne répondraient plus aux conceptions modernes.

Le rôle des experts, même amiablement choisis, est simplement consultatif et leurs décisions peuvent toujours être discutées devant le juge du contrat; en aucune manière ils ne sauraient jouer le rôle d'arbitres.

Voilà les principales règles fixant l'indemnité de reprise, qui ont été mises en application par la jurisprudence du Conseil d'Etat, que nous allons maintenant commenter.

En cas de reprise par la commune d'une usine à gaz en partie détruite par suite des faits de guerre, le concessionnaire a droit, conformément à son contrat, à une indemnité représentant la valeur qu'auraient eu dans leur état normal, au jour de la reprise, toutes les installations qui ne devraient pas revenir gratuitement à la commune. Mais aucune clause du contrat ne prévoyant le rachat, le concessionnaire n'a pas droit, de ce chef, à une indemnité qui se cumulerait à celle qu'il recevra pour la reprise de ces installations.

C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 juillet 1933 (ville de Fère-en-Tardenois contre Société Greyson et C^{ie}. Rec. p. 750).

De même, à défaut de stipulation contraire dérogeant expressément au droit commun, la valeur de rachat à dire d'experts des objets mobiliers doit être une indemnité telle que l'opération ne modifie pas la valeur du patrimoine des parties, appréciée en argent au jour de la cession (1). Si la théorie de l'imprévision doit être admise pour l'autorité concédante comme pour le concessionnaire, et si ce dernier, pas plus que la puissance publique, ne pouvait prévoir la situation économique créée par la guerre, l'Administration n'est pas fondée à soutenir qu'elle doit allouer à la Compagnie une indemnité limitée à la valeur des objets mobiliers à l'état de neuf au jour de l'achat.

Ce serait modifier, en effet, la consistance du patrimoine de la Compagnie, qui, comme tous les patrimoines, est fonction de la valeur vénale anormale de cette époque.

Dès lors, en recevant à l'époque du rachat, pour des objets mobiliers usagés, une somme supérieure au prix

(1) Conseil de Préfecture de la Gironde : 11 mai 1923. Tramways de banlieue contre Département de la Gironde.

payé jadis pour le rachat à l'état de neuf, la Compagnie ne fait aucun bénéfice anormal puisqu'elle touche une somme d'argent qui n'a pas plus de puissance d'achat que la somme trois ou quatre fois moindre qu'elle aurait reçue avant la guerre 1914-1918.

S'agissant du rachat d'une concession de gaz par une ville, si celle-ci a, dès le début de l'instance, non seulement admis le principe de l'indemnité pour reprise, à l'occasion du rachat de la concession, de l'usine, du matériel et des approvisionnements, mais encore conclu expressément à ce que le montant de cette indemnité fût fixé par des experts, le Conseil de Préfecture, en autorisant une expertise, à l'effet de rechercher la valeur des objets cédés, n'a fait que donner acte aux parties de leur accord sur ce point.

Le contrat de concession stipulant enfin que le montant de l'indemnité de reprise sera fixé par des experts qui évalueront les objets selon la valeur du moment, la ville ne saurait contester leurs propositions sans établir qu'ils ont fait une inexacte appréciation de cette valeur à la date des opérations de l'expertise.

Lorsque, pour l'évaluation de l'indemnité destinée à accompagner en fin de concession la reprise des installations par une collectivité, il a été spécifié au cahier des charges que cette indemnité serait fixée à dire d'experts, chacune des parties nommant le sien, et, en cas de désaccord entre les deux hommes de l'art, ceux-ci, ou, à défaut d'entente entre eux sur le choix à faire, le président du Tribunal Civil, désignant un tiers arbitre, la décision commune des experts contractuels ou celle départitrice du tiers arbitre constitue une décision préalable obligatoire pour la recevabilité d'une action contentieuse sur le même

objet, cette dernière ne pouvant pratiquement être introduite par la suite devant le tribunal administratif que par voie de réclamation contre la décision dont s'agit. L'action contentieuse n'est donc nécessairement ouverte aux parties qu'après que l'expertise amiable a été normalement accomplie et, en cas de désaccord entre les deux premiers experts, poursuivie jusqu'à la phase terminale qu'elles lui ont contractuellement assignée.

En conséquence, une société concessionnaire ne peut tirer argument du désaccord des deux experts amiables choisis par les parties et de la démission du tiers arbitre pour raison de santé, ce qu'elle qualifie « l'interminable longueur de l'expertise en cours », pour demander sans plus attendre au Conseil de Préfecture, juge du contrat, de se substituer au tiers arbitre pour statuer sur l'élévation du prix de rachat, après avoir, au besoin, eu recours à des experts désignés dans les formes prévues par l'article 13 de la loi du 22 juillet 1889. Il en est ainsi tout au moins dès lors qu'il n'est justifié ni d'un cas de force majeure, ni d'une faute de la ville, venant mettre obstacle à l'achèvement de l'expertise contractuelle (1).

(1) C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constante en la matière :
Conseil de Préfecture Interdépartemental de Versailles, 30 novembre 1940.
Société Lyonnaise des Eaux contre Ville du Vésinet.

Conseil d'Etat, 14 juin 1912 : Mottet contre commune de Saint-Martin-de-Vésubie, Rec. p. 676.

Conseil d'Etat, 12 janvier 1912 : Compagnie Continentale du Gaz contre Ville de Lille, Rec. p. 43.

Conseil d'Etat, 23 novembre 1923 : Compagnie du Gaz de Dole contre Ville de Dole, Rec. p. 755.

Conseil d'Etat, 22 février 1929 : Ville de Montdidier contre Roubinet, Rec. p. 224.

Conseil d'Etat, 6 décembre 1935 : Ville de Bergerac contre Société du Gaz et d'Electricité de Bergerac, Rec. p. 1148.

Conseil d'Etat, 10 juillet 1936 : Ville de Boulogne contre European Gas Co Ltd., Rec. p. 764.

b) La répartition des biens du service entre ces deux catégories (biens de reprise et biens de retour) est établie par l'acte de concession et varie suivant les concessions. Cette répartition dépend des éléments suivants :

Une large participation financière et des tarifs élevés pour les taxes entraînent extension des biens de retour gratuits aux dépens de biens de reprise, parce que l'effort d'amortissement du concessionnaire a été allégé. Les biens de valeur durable sont pris généralement comme biens de reprise. Pour certains matériels, tels que le matériel roulant dans les services de transport, on a tendance à les classer comme biens de reprise, afin que le concessionnaire ait ainsi intérêt à les entretenir en bon état.

Cette répartition entre les deux catégories de biens a fait l'objet d'une jurisprudence assez importante.

Lorsqu'un contrat de concession antérieur à la mise en vigueur du régime d'énergie électrique organisé par la loi du 15 juin 1906 ne contient aucune disposition relative à la propriété des ouvrages à l'expiration de la concession; que les tractations préliminaires n'apportent aucun renseignement à ce sujet; qu'on ne saurait notamment soutenir que dans la commune intention des parties les tarifs aient été aménagés de façon à ce qu'en fin de contrat le concessionnaire fût complètement remboursé de la valeur de ses installations; qu'enfin, lesdites installations ont été exécutées et entretenues aux frais du seul concessionnaire, on doit admettre celui-ci se trouvant, quant à ces droits sur les ouvrages, dans une situation analogue à celle d'un simple permissionnaire de voirie, que la commune n'est pas fondée à revendiquer la propriété du réseau sur le motif que ces ouvrages seraient incorporés au moins en partie au domaine public.

Cependant, l'affectation des ouvrages à un service d'intérêt général doit faire reconnaître à la commune un droit de reprise moyennant indemnité calculée d'après la valeur actuelle des installations, sans qu'il y ait à rechercher si elles ont été ou non amorties.

Dans l'affaire (1), la ville soutenait que les ouvrages de distribution électrique constituent des ouvrages publics dont l'autorité concédante est *ipso facto* propriétaire, sous la seule réserve d'une indemnité éventuelle si les ouvrages n'ont pas été complètement amortis en cours de concession. Elle invoquait notamment à l'appui de sa thèse l'article 10, alinéa 2, de la loi du 15 juin 1906 et la loi du 31 juillet 1913, d'où résulte le droit pour le concédant d'exiger la suppression d'une partie quelconque des ouvrages pour un motif d'intérêt public. Elle ajoutait que le concessionnaire ne peut, ni démolir, ni aliéner les installations en dehors de l'autorisation du concédant, et qu'enfin le matériel, les approvisionnements et tout ce qui a un caractère mobilier restent seuls la propriété du concessionnaire en fin d'exploitation.

Le Conseil de Préfecture ne s'est pas rallié à cette thèse et il semble qu'il doive en être approuvé. Il est certain que si, en matière de concessions de travaux publics pures et simples, l'ouvrage devient la propriété de la personne administrative, dans le domaine des concessions de service public, l'ouvrage peut être indifféremment soit la propriété du concessionnaire, soit celle de la ville. L'article 22 du cahier des charges-type donne simplement à la commune la faculté de reprendre les ouvrages en fin de concession

(1) Conseil de Préfecture de Toulouse, 5 juin 1936 : Commune contre Société du Gaz.

à titre gratuit ou onéreux, mais ne lui attribue pas de plein droit la propriété des ouvrages.

La jurisprudence ne considère l'autorité concédante comme propriétaire des ouvrages de distribution que si le traité stipule à son profit le retour obligatoire de ces ouvrages sans indemnité en fin de concession. Il faut, pour qu'il en soit ainsi, une convention expresse. Dans le cas contraire, le concessionnaire est réputé propriétaire des ouvrages.

Néanmoins, même au cas où les installations sont la propriété du concessionnaire et où le contrat ne contient aucune clause de retour gratuit au concédant, ce dernier possède en fin de concession un droit de reprise à titre onéreux. C'est la conséquence normale de l'affectation de l'ouvrage public à une fin d'intérêt général. L'indemnité doit alors être calculée d'après la valeur actuelle des installations au moment de la reprise.

Rappelons, au contraire, qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la valeur de l'outillage doit être calculée en fonction de l'amortissement déjà réalisé et de celui à venir lorsque la collectivité concédante reprend à la faveur d'une résiliation ou encore rachète, avant la date d'expiration normale de la concession, des installations qui, aux termes du contrat, devaient en fin d'exercice lui faire retour gratuit (Conseil d'Etat, 27 février 1935; Société des Eaux et du Gaz de Courtenay, Rec. p. 256).

Dans cette hypothèse, en effet, la société concessionnaire doit récupérer le prix de ses installations sur la durée entière de la concession : il est juste que si un rachat vient prématurément y mettre fin, la société concessionnaire ait pour créance la valeur des appareils non encore amortis. Mais cette solution suppose :

1° une clause de retour gratuit;

2° une résiliation ou un rachat avant la date normale d'expiration de la concession.

Les bâtiments servant à l'exploitation étant en bon état d'entretien, à l'époque du rachat, et les quelques réparations nécessaires étant de celles que le concessionnaire aurait exécutées sans tarder si le rachat n'avait pas eu lieu, le coût de ces réparations doit être évalué au cours de cette époque.

Les ouvrages non prévus du cahier des charges, exécutés par le concessionnaire sans que la ville qui s'était réservé le contrôle des travaux ait formulé aucune observation, pour améliorer le fonctionnement d'autres ouvrages, d'ailleurs construits suivant les règles de l'art, ne doivent pas être considérés comme rentrant forcément dans la commune intention des parties.

Un cahier des charges stipulant que l'annuité doit être diminuée des sommes qui auront pu être dépensées pour mettre un réseau en bon état d'entretien, cette disposition doit être entendue comme visant les travaux qui, au jour du rachat, étaient nécessaires pour que le service puisse être assuré normalement, et non une remise à neuf complète de toutes les parties usagées mais encore susceptibles de fournir un bon service.

Conformément à cette interprétation, le concessionnaire devra être regardé comme ayant rempli ses obligations si aucun travail de réparation ne lui a été réclamé en cours d'exploitation par un département en vertu de la loi du 11 juin 1880 et du décret du 6 août 1881, et si, en outre, le département a en fait utilisé pendant plusieurs années le réseau sans y faire de réparations.

Une question s'est posée à propos du matériel roulant

complémentaire dans les concessions de tramways : en cas de rachat, que devient ce matériel complémentaire ? Non amorti, sera-t-il repris par le concédant ? En cas de rachat, il le sera peut-être, encore que l'application de l'article du cahier des charges au matériel complémentaire ne soit pas certaine, et que bien des conventions limitent le matériel roulant à reprendre.

c) Le retour ou la reprise des biens du concessionnaire est, en principe, obligatoire pour l'Administration, sauf exceptions. Ainsi pour les immeubles utilisés par le concessionnaire, mais qui ne font pas partie intégrante de l'exploitation du service, la reprise est une simple faculté pour l'Administration. Parfois, l'acte du concessionnaire stipule que pour certains biens déterminés, le retour gratuit sera facultatif pour l'Administration. Celle-ci pourra renoncer au retour. Il en est ainsi notamment pour les installations et matériels, qui deviennent vite démodés et inutilisables, comme, par exemple, les installations de distribution électrique. Au cas où l'Administration refuse le retour, le concessionnaire est tenu d'enlever à ses frais l'installation et le matériel refusés. Enfin, d'une façon générale, l'acte de concession peut toujours prévoir des dérogations à la règle de l'obligation de retour et de reprise.

2^e SECTION

Le règlement des rapports financiers.

Ces rapports financiers résultent des subventions et avances fournies par l'autorité concédante au concessionnaire. Ce règlement s'opère de la façon suivante :

a) Le règlement comporte un acte préalable qui est la reddition des comptes à l'autorité concédante en ce qui concerne les comptes de premier établissement et d'exploitation. Cette reddition des comptes est un acte obligatoire.

Cette règle a été mise en application par un arrêt du Conseil d'Etat du 14 juin 1933 (1) qui dit : « ...Considérant que par arrêté du 2 août 1928, confirmé par le Conseil d'Etat le 12 décembre 1930, le Conseil de Préfecture interdépartemental d'Orléans a décidé que la concession de la ligne d'Orléans à Ouzouer-le-Marché, exploitée par la Compagnie requérante, avait pris fin le 1^{er} avril 1927; qu'invitée par le préfet, le 8 août 1928, à produire les comptes de la période écoulée depuis le 1^{er} avril 1927, la Compagnie a répondu le 13 août 1927 par une lettre qui constituait un refus;

« Considérant qu'il ne pouvait être procédé au règlement final de la concession et à celui de la période postérieure au 1^{er} avril 1927 sans que le département fût mis en demeure de connaître les comptes de la Compagnie pour cette période; que, par l'arrêté attaqué, le Conseil de Préfecture s'est borné, tout en réservant les droits des parties quant au règlement financier à intervenir, à reconnaître l'obligation pour la Compagnie de rendre compte au département; que la Compagnie n'est pas fondée à demander l'annulation de cet arrêté... »

b) Le règlement comporte le remboursement par le concessionnaire des sommes avancées par l'Administration à titre de garantie d'intérêt.

(1) Conseil d'Etat, 14 juin 1933. Compagnie des Tramways de Loir-et-Cher. Rec. p. 619.

c) Quant aux sûretés que pour protéger la créance de garantie d'intérêts, l'Administration possède à raison de ses avances, on avait envisagé de les assurer avec les biens de reprise, en faisant de ces biens le gage de la créance. En outre, il y aurait eu compensation entre la créance de garantie d'intérêt et la dette du prix de reprise. Cela n'a pas été admis. Le principe dans les rapports financiers entre l'autorité concédante et le concessionnaire est qu'aucune compensation n'est possible entre la créance de l'un et la dette de l'autre, à moins que l'acte de concession ne l'admette expressément.

Ainsi, par exemple, les subventions allouées par l'Etat aux voies ferrées d'intérêt local en vertu de la loi du 11 juin 1880 ne sont, aux termes de l'article 13 de cette loi, remboursables qu'en cours d'exploitation, sur les excédents de recettes, dans les limites fixées par cet article et en application des stipulations du contrat de concession.

A la différence de la garantie d'intérêt dans les contrats de concession de réseaux d'intérêt général, ces subventions n'ont pas le caractère d'avances remboursables en fin de concession et ne sauraient, dès lors, être récupérées par l'Etat en fin de rachat, sur la valeur du matériel et des objets repris par l'autorité concédante.

Le Conseil de Préfecture est compétent en vertu de la loi du 28 pluviôse, an VIII, en qualité de juge du contrat, pour connaître en premier ressort d'un recours contre une décision ministérielle mettant opposition au paiement de la créance du concessionnaire, jusqu'à concurrence du montant de subventions de cette nature.

C'est à tort que le Conseil de Préfecture admet en ce cas la thèse de l'Etat.

Cependant, il est admis exceptionnellement que lorsqu'une garantie d'intérêt est accordée pour la construction d'une ligne de chemin de fer déterminée, il peut y avoir compensation entre la créance de cette garantie d'intérêt et le prix de reprise du matériel de la ligne.

CHAPITRE III

L'INDEMNITÉ DE RACHAT

La particularité de liquidation au cas de rachat consiste dans le paiement de l'indemnité de rachat : c'est une question très délicate et très compliquée qui a donné lieu à une jurisprudence assez considérable. Il faut préciser le fondement, le mode de calcul et le montant de cette indemnité.

1^{re} SECTION

Le fondement de l'indemnité.

L'indemnité de rachat procède de ce que le rachat peut être assimilé à une expropriation pour cause d'utilité publique. Il en résulte que le concessionnaire évincé par le rachat a droit à une indemnité ; par ailleurs, il doit être indemnisé de tout le préjudice causé par le rachat. Ce qui comprend non seulement le dommage actuel, mais aussi le gain manqué, c'est-à-dire la privation des avantages sur lesquels le concessionnaire était en droit de compter s'il avait continué l'exploitation du service.

Ainsi que l'a fait remarquer un commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, en matière de concession de travaux publics, lorsque l'autorité concédante use de la faculté de rachat qu'elle s'est réservée, elle ne peut le faire que moyennant une juste indemnité qui rend le concessionnaire indemne, en lui assurant jusqu'au terme assigné à la concession tous les avantages sur lesquels il était en droit de compter en vertu du traité.

En matière de rachat de chemins de fer, de tramways ou de concessions de lumière, le principe est que l'annuité doit indemniser le concessionnaire évincé des produits d'exploitation dont il est dépossédé.

C'est ainsi que les articles 36 du cahier-type des chemins de fer d'intérêt local et du cahier-type des tramways prévoient qu'en cas de rachat, après quinze années d'exploitation, l'annuité sera réglée en relevant les produits nets obtenus par le concessionnaire pendant les sept années qui auront précédé celle où le rachat sera effectué, et en y comprenant les annuités qui auront été payées à titre de subvention; on en déduira les produits nets des deux plus faibles années et l'on établira le produit net moyen des cinq autres années. Ce produit net moyen formera le montant d'une annuité qui sera due et payée au concessionnaire pendant chacune des années restant à courir sur la durée de la concession.

Ce calcul est faible lorsque l'exploitation laisse annuellement un produit net, mais il devient impossible lorsqu'elle ne laisse qu'un déficit. L'annuité se réduit alors à zéro. Le rachat ne coûte au concédant que le matériel roulant et les objets mobiliers.

Bien que cette solution découle logiquement des contrats et qu'elle soit admissible lorsqu'il n'est pas à prévoir de bénéfices jusqu'à la fin de la concession, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle est très rigoureuse pour le concessionnaire dans le cas où il a construit de ses deniers : ses dépenses devant, dans ce cas, profiter sans contre-partie au concédant et au service public.

Il est équitable, sinon juridique, que le concédant lui en tienne compte, au moins en partie.

Etudions l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juillet 1913 (1) intéressant la question du fondement de l'indemnité.

Les termes d'une convention intervenue entre un département et une Compagnie exploitante de tramways, au sujet des conditions du rachat de la concession desdits tramways, et à l'effet de renvoyer à la juridiction contentieuse la solution de la question de savoir s'il doit être opéré une réduction de l'annuité du rachat à raison du paiement en capital de la valeur actuelle, à dire d'experts, des objets mobiliers repris par le concédant, impliquent qu'elles ont eu la volonté commune d'appliquer au rachat les dispositions des paragraphes 3 à 6 de l'article 19 du cahier des charges, c'est-à-dire les conditions du rachat après quinze ans, bien que toutes les lignes rachetées n'aient pas eu cette durée d'exploitation et, par voie de conséquence, qu'aucune réduction ne doit être opérée sur le montant de l'annuité du rachat à raison du remboursement du capital de la valeur actuelle des objets mobiliers.

Cet arrêt du Conseil d'Etat permet de faire les quelques remarques suivantes :

Les parties avaient décidé de régler les conditions du rachat par voie d'entente directe, conformément à la loi du 11 juin 1880 qui ne détermine une procédure spéciale qu'à défaut d'accord amiable.

Le litige fut soumis aux tribunaux; la question était celle-ci : « Le département remboursant à la Compagnie, à dire d'experts, conformément aux dispositions des articles 17 et 19 du cahier des charges, le montant en capital de la valeur actuelle du matériel roulant, de l'outillage et du mobilier des réseaux, doit-il, pour ce motif, être

(1) Compagnie des Chemins de fer Sud-France. Rec. p. 856.

opéré une réduction dans le montant de l'annuité de rachat, déterminée conformément aux conditions de l'article 19 du cahier des charges ? »

La juridiction avait pour mission d'interpréter la volonté commune des parties au point de vue de l'application du cahier des charges.

L'article 19 de ce cahier porte que la reprise des objets mobiliers étant obligatoire en cas de rachat, le paiement de leur valeur actuelle, à dire d'experts, s'ajoute au prix du rachat. « En outre, dit-il, le concessionnaire recevra ce qu'on appelle la prime d'éviction. » Or, disait le département, cette prime n'est légitime qu'au cas où le règlement des conditions du rachat donne lieu à la fixation d'un prix proprement dit calculé sur la base du produit net moyen et payé sous forme d'annuité qui remplace celle qui est établie par le contrat, dont les stipulations cessent d'avoir effet pour faire place à la consolidation des résultats de l'exploitation. Si, au contraire, les parties conviennent d'évaluer amiablement *ex æquo et bono* par voie d'entente directe, non plus un prix véritable de rachat, mais une juste indemnité, l'attribution d'une prime d'éviction n'est plus impérative : elle dépendra des circonstances. Elle ne saurait être admise qu'autant que les résultats de l'exploitation des lignes rachetées étaient tels qu'ils permettaient au concessionnaire d'espérer sérieusement des bénéfices futurs supérieurs à ceux que le seul jeu du contrat lui aurait assurés (1).

(1) Voir COLSON Chemins de fer d'intérêt local et tramways, pages 83 et suivantes.

Idem. Sentences arbitrales du 5 juillet 1902 (Chemins de fer régionaux des Bouches-du-Rhône) et du 19 novembre 1910 (Est-Algérien, Bulletin annoté des Chemins de fer, 1911, p. 20).

Il en est de même au cas de rachat avant quinze ans, l'indemnité étant évaluée par les soins d'une commission spéciale.

La prime d'éviction doit être corrélative en réalité de l'application du mode spécial de liquidation d'un prix de rachat d'après le produit net moyen de l'exploitation. Elle n'a plus de raison d'être légale comme les parties évaluent directement l'indemnisation à laquelle le concessionnaire a droit équitablement d'après le droit commun.

Le Conseil d'Etat, visant uniquement les termes de la convention qu'il avait à interpréter, y a relevé une référence aux dispositions du cahier des charges telle qu'il en a inféré que la volonté commune des parties avait été de se conformer au mode de règlement du rachat après quinze ans, c'est-à-dire au système de fixation du prix du rachat d'après le produit net moyen (§ 3 à 5 de l'article 19) : d'où la conséquence que la reprise des objets mobiliers obligatoire avait le caractère de prime d'éviction que lui confère le paragraphe 6 du même article.

Il n'est pas dû, en principe, d'indemnité de rachat quand, le rachat ayant lieu en vertu d'une clause formelle de l'acte de concession, il n'est pas établi que l'exploitation de la ligne, même continuée jusqu'au terme de la concession, aurait donné des bénéfices (1).

Mais il y a lieu de tenir compte, dans une certaine mesure, des diverses dépenses faites par la Compagnie dont la ligne qu'elle exploitait est rachetée.

(1) Sanction arbitrale du 19 novembre 1910 : Compagnie du Chemin de fer de l'Est-Algérien contre Département de Constantine.

2^e SECTION

Le calcul de l'indemnité.

Quand l'acte de concession ne prévoit pas le rachat, c'est le juge qui a le pouvoir discrétionnaire pour arbitrer l'indemnité.

Quand l'acte de concession prévoit le rachat, il décide du mode d'indemnité et fixe les éléments de l'indemnité, qui varient d'ailleurs suivant le mode adopté.

Lorsque le contrat de concession a prévu le rachat et fixé les bases de calcul de l'indemnité, il n'y a qu'à appliquer la convention, à la condition qu'aucune clause n'aboutisse à supprimer ou à réduire directement le pouvoir de l'Administration de prononcer, à toute époque, le rachat de la concession.

Il y a, sur les bases de calcul de l'indemnité, une très grande variété (1). Cela tient à la diversité des combinaisons financières possibles pour le financement de la concession, à la différence de durée des diverses concessions, aux conditions plus ou moins strictes dans lesquelles le service doit être exploité, etc...

Très ordinairement, pour déterminer l'indemnité, le contrat distingue un certain nombre de périodes de temps au cours desquelles le rachat peut être effectué et détermine la manière de calculer l'indemnité dans chacune de ces périodes.

Par exemple, voici une clause contractuelle d'un contrat de concession pour quarante années, d'un service de dis-

(1) Conseil d'Etat, 6 novembre 1925. Compagnie Générale des Eaux. Rec. p. 358.

tribution d'éclairage électrique. Après cinq années, le concédant aura le droit de racheter au concessionnaire l'exploitation du service, moyennant le paiement d'une somme correspondant à la valeur effective de l'entreprise au jour du rachat; cette valeur sera fixée par des experts en prenant en considération les travaux effectués avec l'approbation du concédant, plus 20 % de cette somme si le rachat est effectué à la fin de la cinquième année d'exploitation, de 19 % à la fin de la sixième année, et ainsi de suite, de telle sorte que cette somme additionnelle serait diminuée, chaque année, de 1 %, jusqu'à l'expiration d'une période de vingt-cinq ans. Après l'expiration des vingt-cinq années de la concession, le concédant paiera, pour le rachat, une somme correspondant au bénéfice net annuel moyen de l'exploitation pendant les cinq dernières années, multiplié par le nombre d'années restant encore à courir, jusqu'à la fin de la concession, étant entendu que les dépenses comprennent l'amortissement des frais d'établissement.

Parfois, la loi pose elle-même les règles sur la fixation de l'indemnité de rachat d'une concession de service public, au cas où le rachat ne contient aucune clause à cet égard. Par exemple, la loi du 30 juillet 1880 sur le mode de rachat des ponts à péage a suivi le modèle de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Aux termes de l'article 3, il est constitué une commission de trois membres (1).

C'est une mauvaise procédure. Dans tout arbitrage des trois membres, dont deux désignés par les parties en litige, la décision appartient, en fait, au troisième arbitre,

(1) Voir plus haut, 1^{re} partie. Chapitre III, page 49.

qui statue seul. Mieux vaut faire désigner les trois arbitres par un juge haut placé, par exemple le premier Président de la Cour d'Appel, ou le premier Président de la Cour de Cassation, suivant l'importance de la concession. Les parties ne doivent agir sur la fixation de l'indemnité que par l'intermédiaire de leurs représentants. A cet effet, il faut prescrire des mémoires écrits et des observations orales préalables à la décision des arbitres.

D'après l'article 4 de la loi de 1880, « l'indemnité allouée doit être payée ou consignée avant la prise de possession ».

Voici encore la loi du 31 juillet 1913, relative aux voies ferrées d'intérêt local.

L'article 38 dispose : « En cas de rachat d'office..., si le mode de détermination de l'indemnité due au concessionnaire n'a pas été entièrement réglé, cette indemnité est liquidée par une commission spéciale fonctionnant dans les conditions déterminées par la loi du 29 mai 1845. Cette commission, instituée par décret, est composée de neuf membres : trois désignés par le ministre des Travaux Publics, trois par le concessionnaire et trois par l'unanimité des six membres déjà désignés; faute de ceux-ci de s'entendre dans le mois de la notification à eux faite de leur nomination, le choix de ces trois derniers membres, ou, parmi eux, de ceux qui n'auraient pas été désignés par l'unanimité des six premiers, est fait par le premier président et les présidents réunis de la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle se trouve le département ou la commune intéressée. »

On peut reprocher à la loi de 1913 d'avoir constitué une commission trop nombreuse. Les commissions trop nombreuses ne statuent ni bien, ni rapidement. Cinq membres seraient largement suffisants pour les cas les plus

importants : un désigné par chaque partie, les trois autres comme il est prescrit par la loi. Les contrats de concession qui prévoient le rachat feront bien de simplifier la procédure fixée par la loi ; c'est leur droit.

Voici enfin la clause relative au rachat, inscrite dans le cahier des charges-type pour la concession des voies ferrées d'intérêt local, approuvé par le décret du 20 novembre 1917. Observons que la durée des concessions de ce genre est très longue (plus de cinquante ans), à raison de l'importance des capitaux engagés par le concessionnaire dans l'entreprise : il y a nécessité de répartir l'amortissement sur un grand nombre d'années afin de ne pas être obligé d'établir des tarifs trop élevés. Pour ces concessions de service public à très longue durée, l'article 36 dispose : « Le département concédant aura le droit de racheter la concession au 1^{er} janvier de chaque année. Si le rachat a lieu avant l'expiration des quinze premières années de l'exploitation, il se fera conformément à l'article 38 de la loi du 31 juillet 1913. Le terme de quinze ans sera compté, à partir de la mise en exploitation effective du réseau entier, sans qu'il soit tenu compte des retards qui auraient eu lieu dans l'achèvement des travaux... »

Exemple de fixation de l'indemnité.

Nous allons étudier sur un exemple la fixation de l'indemnité de rachat, soit dans les concessions de chemins de fer d'intérêt local, d'après les lois de 1880 et de 1913 que nous venons de voir. Mais l'exercice du droit de rachat résulte aussi des conditions énoncées par le cahier des charges, qui prévoit non seulement l'indemnité, mais son mode de liquidation.

Il y a lieu, à ce point de vue, de distinguer le *rachat amiable* et le *rachat d'office*. La loi, bien entendu, ne pouvait poser de règles impératives pour la fixation de l'indemnité en cas de rachat amiable; mais il est certain que les bases en seront calculées et discutées suivant les règles prévues par le cahier des charges pour le cas de rachat d'office.

Rachat amiable.

Le rachat amiable ne constitue, par suite, qu'une simplification de procédure; en fait, la plupart des rachats ont été opérés à l'amiable, et la fixation de l'indemnité a été faite soit par experts, soit par arbitres.

Il existe entre ces deux modes de fixation de l'indemnité une différence essentielle : les experts ne font qu'une proposition qui est ensuite soumise à l'examen et à la discussion des parties intéressées (concedant et concessionnaire racheté); il se peut alors que l'accord ne s'établisse que sur certains points qui seront soumis comme convention amiable à l'homologation et à l'approbation de l'autorité supérieure compétente; les points en litige lui seront, au contraire, soumis à titre de décision et leur règlement restera en suspens jusqu'à ce que cette décision soit intervenue (1).

Au contraire, les arbitres ont un pouvoir de décision qui s'impose aux deux parties, concedant et concessionnaire.

Malgré le pouvoir de souveraineté reconnu à la décision arbitrale, le Ministère des Travaux Publics a toujours soutenu « qu'il importe d'autoriser seulement en premier

(1) Cf. rachat du réseau d'intérêt local de la Côte-d'Or primitivement concédé à la Compagnie du Sud de la France : décret du 4 juin 1909.

lieu les mesures préliminaires du rachat; et de réserver la solution à prendre sur le rachat lui-même, jusqu'au moment où toutes les données en sont connues, c'est-à-dire jusqu'à la clôture des opérations de la commission spéciale chargée de fixer l'indemnité de rachat » (avis Conseil d'Etat du 28 novembre 1900).

Nous verrons que cette façon de procéder peut présenter des inconvénients pour le rachat d'office. En tout cas, il est hors de doute qu'en matière de rachat amiable, la convention qui nomme les arbitres doit leur attribuer un pouvoir absolu d'appréciation. Néanmoins, l'Administration soutient que la décision sur l'opportunité du rachat reste subordonnée à la connaissance de tous les éléments de l'opération et que, sans avoir un pouvoir d'homologation sur l'indemnité fixée par la commission arbitrale, elle pourra subordonner sa décision au montant de cette indemnité.

Rachat d'office.

Les règles de fixation de l'indemnité en cas de rachat d'office sont précisées dans la loi de 1913.

La loi de 1880 ne comportait aucune disposition à cet effet; c'était le cahier des charges qui renvoyait la fixation de l'indemnité de rachat à la commission arbitrale qu'avait organisée la loi de 1880 pour le « cas d'éviction du concessionnaire si ses droits ne sont pas réglés par un accord préalable ».

La loi de 1880, comme celle de 1913, indique bien que la commission arbitrale est chargée de liquider l'indemnité. On a justement conclu que malgré le silence de l'article 36, c'est à cette commission que devait être ren-

voyée la liquidation de l'indemnité sur les bases fixées pour le cas où le rachat est demandé par la collectivité concédante après l'expiration des quinze premières années. En tout cas, la question n'est plus douteuse en présence du nouveau texte de l'article 38 de la loi du 31 juillet 1913, qui saisit la commission arbitrale sans distinction de la date du rachat.

L'opération du rachat comporte, nous venons de le voir, deux opérations bien distinctes, exigeant chacune une intervention de l'autorité supérieure : 1° autorisation du rachat; 2° fixation de l'indemnité.

Au cas de rachat amiable, ces deux opérations sont présentées simultanément à l'approbation de l'autorité supérieure compétente. Il est bien évident, en effet, que le concessionnaire ne consentira au rachat amiable qu'en raison de la fixation de l'indemnité qui lui sera allouée d'un commun accord.

Il n'en est pas de même en cas de rachat d'office, c'est-à-dire de rachat imposé au concessionnaire, par l'application du cahier des charges et non consenti par lui; on peut même dire que si le concessionnaire fait obstacle au rachat et ne le consent pas à l'amiable, alors que son cahier des charges l'oblige à le subir, c'est que le désaccord porte non sur le principe de l'opération à laquelle il ne saurait se soustraire, mais sur le montant de l'indemnité corrélative à l'opération.

La jurisprudence qui, nous l'avons vu, exige, pour provoquer la décision d'approbation de l'autorité supérieure (décret et Conseil d'Etat ou loi), que le projet de rachat soit complet et se présente avec tous ses éléments de substitution, ne montre pas la même exigence en ce qui concerne la fixation de l'indemnité de rachat. Cette

indemnité est due; la loi a fixé la composition de la commission arbitrale qui doit la déterminer en cas de désaccord entre le concédant et le concessionnaire; les droits de ce dernier sont donc réservés, comme ils le seraient si la fixation de cette indemnité était opérée par le Conseil de Préfecture statuant au contentieux. Le retard apporté soit dans la constitution de la commission arbitrale, soit dans ses travaux et dans sa décision, ne saurait préjudicier au concédant et paralyser momentanément l'exercice de son droit de rachat, étant entendu au surplus que sa solvabilité n'est pas douteuse et est garantie par les produits de la ligne rachetée.

Au sujet de la constitution de la commission arbitrale, on peut admettre qu'il est possible qu'elle ait lieu à tout moment de la procédure de rachat et que son fonctionnement est indépendant à l'état de cette procédure. C'est ainsi qu'il fut procédé pour le rachat des Chemins de fer des Bouches-du-Rhône, des Tramways de Limoges. Cette jurisprudence est, au surplus, conforme aux avis du Conseil d'Etat.

D'autre part, on ne peut admettre la restriction qui était entrée en pratique relative à l'époque de la fixation de l'indemnité, qui n'aurait pu avoir lieu après la cessation de l'exploitation du concessionnaire racheté; cette restriction, en effet, ne résulte ni de la loi, ni du cahier des charges : si le concessionnaire, après fixation de l'indemnité, laissait déperir la voie ou le matériel, il y aurait de sa part une faute que serait appelée à préciser en fait, non plus la commission arbitrale, dont le rôle se borne à la fixation de l'indemnité de rachat, mais bien le juge ordinaire de la concession, c'est-à-dire le Conseil de Préfecture; et celui-ci pourrait alors prononcer une condam-

nation à des dommages et intérêts qui, par application de l'article 1,291 du Code Civil, se composeraient à due concurrence avec l'indemnité de rachat. Enfin, la collectivité concédante aura une garantie, soit dans le cautionnement du concessionnaire racheté, soit dans l'indemnité de rachat, dont le versement n'est pas obligatoirement fixé avant la reprise de la ligne rachetée.

Rien ne paraît non plus s'opposer, à notre avis, à ce que la commission arbitrale puisse fixer la partie de l'indemnité relative à la reprise de l'exploitation et de la voie, et puisse réserver à des experts l'estimation du matériel roulant, après reprise de la ligne, réservant sur ce point spécial le droit du concessionnaire racheté.

Bien que la pratique estime que la commission arbitrale peut fonctionner à tout moment de la procédure de rachat, il paraît plus prudent d'attendre tout au moins, pour établir sa décision définitive, que le rachat soit homologué par l'autorité supérieure compétente. En effet, comme le faisait remarquer la Compagnie des Tramways de Limoges, dans l'espèce précitée, le chiffre de l'indemnité fixé par la commission à un moment antérieur au rachat ne concordera pas avec les résultats de l'exploitation au moment du rachat effectif et devra, par la suite, subir une modification. Cela est exact, mais, d'autre part, il est indispensable que le Parlement ou le Conseil d'Etat appelé à statuer sur l'autorisation de rachat, en connaisse à l'avance les conséquences, dont une des plus graves sera la charge que le service de l'indemnité de rachat imposera à la collectivité concédante. Il nous paraît préférable que le travail de la commission soit commencé avant l'autorisation de rachat, mais ne prenne un caractère définitif qu'après cette autorisation; les éléments du dossier qui lui

seront fournis en vue d'asseoir sa décision fourniront à l'autorité publique des éléments suffisants pour apprécier la charge qui devra en résulter pour la collectivité concédante, sans que, cependant, la fixation exacte de cette charge puisse être arrêtée à un moment qui ne correspondrait pas aux conditions prévues par le cahier des charges.

Il nous reste maintenant à examiner comment est composé le montant de l'indemnité de rachat allouée au concessionnaire évincé.

3^e SECTION

Le montant de l'indemnité.

Le montant de l'indemnité varie selon les actes de concession; cependant, on peut dire que quant au mode de règlement, l'indemnité est prévue tantôt en capital, tantôt en annuités. Pour chaque mode il est prévu des éléments différents.

Avant d'examiner des exemples pratiques de règlement de l'indemnité, nous allons l'étudier en théorie.

4^o L'INDEMNITÉ EN CAPITAL comprend les éléments suivants : une indemnité d'amortissement, une indemnité industrielle.

A. — Une indemnité d'amortissement pour permettre au concessionnaire de faire face au remboursement de son capital-actions et obligations.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 24 avril 1931 a mis en application ce premier mode de règlement : quand une ville s'est engagée, en cas de rachat, à tenir compte au concessionnaire de toutes ses charges d'amortissement, il

y a lieu de retenir toutes les dépenses faites dans l'intérêt de la concession pour assurer la meilleure exécution du service public, même si les installations et appareils envisagés ne devaient pas revenir à la ville en fin de concession. Il en est ainsi des installations faites chez les abonnés, de l'achat de la clientèle de réseaux concurrents, d'une indemnité transactionnelle versée à un précédent concessionnaire et des frais d'émission d'obligations et d'augmentation de capital rendus nécessaires par le développement de l'exploitation.

Pour les immeubles industriels achetés avant le début de la concession, on tiendra compte de l'amortissement opéré antérieurement à ce fait.

L'indemnité d'amortissement couvre la société des charges de remboursement et de paiement d'intérêts des actions. En conséquence, afin d'éviter un double emploi, l'amortissement et l'intérêt des actions doivent être retranchés des bénéfices nets retenus pour la fixation de l'indemnité industrielle.

Un cahier des charges prévoyant que l'indemnité de rachat devra comprendre une indemnité d'amortissement et une indemnité industrielle, il y a lieu, sur le premier point, en l'absence de toute précision du texte, de rechercher pour chaque catégorie de dépenses si elles ont été faites dans l'intérêt de la concession.

Le traité prévoyant que l'amortissement devra être opéré en trente ans, mais ne précisant pas qu'un trentième devra être amorti chaque année, il y aura lieu de tenir compte, pour le calcul de l'amortissement, des difficultés que le concessionnaire a pu rencontrer au début de son exploitation, et qui ont pu justifier une dotation annuelle du fonds d'amortissement inférieure au trentième de la valeur

des installations qu'il aurait dû, suivant les règles d'une sage administration, pratiquer depuis le début de la concession jusqu'à la date du rachat.

Récemment, le Conseil d'Etat (1) a décidé, pour l'évaluation de l'indemnité de rachat due à un concessionnaire, de calculer l'indemnité d'amortissement :

a) En tenant compte parmi les sommes que le concessionnaire a dû raisonnablement consacrer à l'amortissement avant le rachat, des frais de constitution de la société, des frais de constitution du capital social, des débours des fondateurs et des primes et frais d'émission des obligations, en adoptant pour ces dépenses une courte période d'amortissement de dix années et en les diminuant des économies procurées par le rachat des obligations en Bourse au-dessous du pair.

b) Il convient d'admettre les jetons de présence des administrateurs parmi les dépenses des exercices considérés, dès lors tout au moins qu'il n'est pas établi par la ville que les administrateurs y aient renoncé ou que les jetons, en fait, n'aient pas été payés.

c) L'amortissement du capital-actions pendant la période extra-contractuelle ne doit pas venir en déduction de l'indemnité d'amortissement.

B. — Une indemnité industrielle représentant les avantages que la continuation du service aurait procurés au concessionnaire.

Lorsque, par exemple, un concessionnaire est chargé, par un contrat unique, du service de la distribution du

(1) 25 juillet 1939. Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. Rec. p. 521.

gaz et de l'électricité, l'indemnité qui lui est due en cas de rachat doit être évaluée globalement pour l'ensemble (1).

En ce qui concerne l'indemnité industrielle qui doit, aux termes du traité, être calculée d'après la moyenne des bénéfices des trois dernières années d'exploitation, il y a lieu, non seulement de faire entrer dans le calcul des recettes l'indemnité compensatrice des charges extra-contractuelles subies pendant ces trois dernières années et de tenir compte de la répercussion, sur la consommation, des restrictions dues à la guerre, mais aussi de la part que l'interprétation raisonnable du contrat a permis de faire supporter au concessionnaire.

Pour le calcul de cette indemnité, un arrêt du Conseil d'Etat a décidé qu'il se ferait de la manière suivante :

a) Il convient de l'établir par référence à des exercices de caractère normal. Si les trois exercices pris en considération ont été affectés de charges extra-contractuelles, il convient de lui rendre ce caractère normal, en déduisant des dépenses la totalité des charges extra-contractuelles qui auront été reconnues afférentes à ces exercices.

Mais le concessionnaire n'est pas fondé à donner à cette déduction d'autres mesures que le montant de l'indemnité effectivement allouée par le juge de l'action pour charges extra-contractuelles, c'est-à-dire que la quote-part de charges extra-contractuelles que ce juge a permis en dernière analyse au concessionnaire de récupérer contre le concédant, notamment après compensation faite avec les bénéfices réalisés par le concessionnaire du fait de l'exploitation de la distribution d'électricité.

(1) Conseil d'Etat, 10 mai 1929 : Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux contre Ville de Bordeaux. Rec. p. 485.

b) Sur le point de départ de l'amortissement du capital-actions, dont l'annuité doit, ainsi que les intérêts de ce capital, être déduite des bénéfices pour l'évaluation des bénéfices industriels : si, d'un commun accord entre les parties, l'amortissement des dépenses de premier établissement a été calculé à partir du début des exercices où elles ont été engagées, le point de départ de l'amortissement du capital-actions doit être fixé pour chaque tranche de ce capital au début de l'exercice au cours duquel celle-ci a été appelée, et non au début de l'exercice suivant.

2° L'INDEMNITÉ EN ANNUITÉS.

Cette indemnité comprend comme éléments :

A. - Le prix des biens que l'Administration n'acquiert à l'expiration de la concession que moyennant indemnité;

B. - L'annuité de rachat, qui a pour objet de rendre le concessionnaire indemne de toute charge et de lui compenser les avantages sur lesquels il pouvait compter jusqu'à la fin de la concession. A cet égard, l'ex-concessionnaire reçoit annuellement ce qu'il aurait reçu si le rachat n'avait pas eu lieu;

C. - La prime d'éviction qui correspond aux bénéfices éventuels, mais non certains, qui devaient résulter du développement probable de l'exploitation. Car, avec l'accroissement de la population et de ses besoins et le développement de la richesse publique, on peut présumer que les services publics concédés, vu leur caractère commercial et industriel, sont normalement appelés à s'étendre et à augmenter leurs recettes et leurs bénéfices.

Connaissant les bases de la fixation du montant de l'indemnité en annuité, nous ne pouvons mieux faire que

d'étudier sur un exemple précis la manière pratique de déterminer ce montant, puisque les conditions sont sensiblement les mêmes pour toutes les concessions. Nous prendrons pour illustrer notre étude le rachat des chemins de fer d'intérêt local.

EXEMPLE DE CALCUL DE L'INDEMNITÉ EN ANNUITÉS

Le cahier des charges-type des chemins de fer d'intérêt local distingue, dans son article 36 suivant, que le rachat s'effectue avant ou après l'expiration des quinze premières années de l'exploitation.

a) *Rachat avant les quinze premières années :*

Ce rachat, que l'on appelle encore rachat anticipé, est prévu par l'article 36 du cahier des charges : « Si le rachat a lieu avant l'expiration des quinze premières années de l'exploitation, il se fera conformément à la loi du 11 juin 1880.

« Ce terme de quinze ans sera compté à partir de la mise en exploitation effective de la ligne entière ou, au plus tard, à partir de la fin du délai qui est fixé dans l'article 2 du présent cahier des charges, sans tenir compte des retards qui auraient eu lieu dans l'achèvement des travaux. »

Il y a là une différence avec la règle fixée par l'article 34 du même cahier des charges pour la durée de la concession. Cette durée part, en effet, de l'acte déclaratif d'utilité publique. Au contraire, en matière de rachat anticipé, il y a lieu de se reporter à la date fixée pour l'achèvement des travaux, ou, si la ligne a été ouverte à l'exploitation avant l'expiration du délai imparti, à la date de cette ouverture effective.

D'autre part, on admet que ce délai de quinze ans pour le rachat anticipé doit s'apprécier, non au moment où le rachat devient définitif en vertu de la décision de l'autorité supérieure compétente, mais dès le moment où le département (ou la commune) pourra être considéré comme ayant demandé le rachat.

En autorisant le rachat anticipé, le cahier des charges est muet sur les bases de l'indemnité; il est, en effet, assez difficile dans la période de début d'une exploitation d'apprécier quel pourra être dans l'avenir son rendement moyen, étant donné que les premières années sont toujours moins fructueuses; si on avait, comme pour le rachat normal, basé l'indemnité sur le produit moyen des sept dernières années, on aurait injustement frustré le concessionnaire de l'avantage qu'il était en droit d'attendre du développement régulier et progressif du trafic.

Quelle sera, dès lors, la base du calcul de l'indemnité de rachat ?

Tout d'abord, M. PAYEN faisait observer que si, à l'idée de rachat correspond l'idée de prix, c'est à tort qu'on a cherché « un rapport entre le capital employé à la construction et l'annuité dite de rachat ». Aussi, cette indemnité est-elle fixée sur la base du produit net et non sur celle des dépenses faites pour la construction et l'exploitation de la ligne.

D'après M. SAINT-PAUL, dans ses conclusions d'un arrêt précité, la commission arbitrale doit donc statuer en se basant sur les stipulations du contrat et sur le degré d'exécution qu'il a reçu.

Il y a, au surplus, peu d'exemples de rachats anticipés de voies ferrées d'intérêt local. On peut citer le cas de la ligne des tramways de Grenoble à Veurey; l'indemnité de

rachat a été fixée à l'amiable à la suite d'un accord entre le concessionnaire et le département de l'Isère, qui tenait à reprendre cette voie ferrée comme point de départ d'un nouveau réseau de tramways; il y avait là une circonstance particulière qui militait en faveur du rachat.

Un autre exemple de rachat anticipé est celui du réseau des chemins de fer d'intérêt local des Bouches-du-Rhône. L'indemnité de rachat a été arrêtée par décision de la commission arbitrale constituée conformément à l'article 36 du cahier des charges et à l'article 11 de la loi du 11 juin 1880.

Si on analyse cette sentence arbitrale du rachat des chemins de fer des Bouches-du-Rhône, on peut fixer ainsi les bases de l'indemnité au cas de rachat anticipé :

1° Paiement par le pouvoir concédant pendant toute la durée de la concession d'une annuité représentant l'intérêt du capital de premier établissement dépensé par le concessionnaire;

2° Paiement d'une annuité représentative des travaux complémentaires;

3° Paiement, à dire d'experts, de la valeur du matériel roulant, des marchandises et des approvisionnements;

4° Paiement d'une annuité arbitrée pour privation du bénéfice d'exploitation;

5° Paiement d'une annuité arbitrée de dépossession;

6° Paiement, s'il y a lieu, d'annuités arbitrées provenant des clauses particulières de la concession ou des circonstances locales; par exemple, si le concessionnaire a pris à sa charge une partie des insuffisances de recettes, il pourra en demander le remboursement si le département

croit devoir dénoncer le contrat en vue duquel le sacrifice a été consenti. Il est bien évident, en effet, que le concessionnaire n'a consenti à prendre à sa charge les insuffisances d'exploitation dans les premières années qu'en vue et dans l'espoir d'un bénéfice ultérieur; on ne saurait le priver de l'éventualité de ce bénéfice compensatoire sans lui rembourser les avances qu'il n'avait consenties que dans ce but.

Il résulte, tant de la sentence arbitrale précitée que des conclusions qu'on en peut tirer, que le rachat anticipé produira un résultat qui est en contradiction avec la prescription de la loi du 31 juillet 1913, qui interdit, nous l'avons vu, toute garantie des insuffisances de l'exploitation; il fait disparaître ce que cette clause pouvait contenir d'aléatoire pour le concessionnaire et consolide l'indemnité sur un forfait d'exploitation. Il est peut-être regrettable qu'on n'ait pas interdit pour les lignes d'intérêt local, comme il l'était pour les lignes d'intérêt général, le rachat d'office anticipé, c'est-à-dire avant l'expiration des quinze premières années de l'exploitation.

Ainsi que nous l'avons indiqué, la sentence arbitrale qui fixe l'annuité de rachat a un caractère définitif.

Le Conseil d'Etat a jugé, en conséquence, que lorsque cette indemnité a été ainsi fixée sans aucune réserve au sujet d'erreurs possibles dans l'évaluation de la contenance des parcelles de terrains acquises par la Compagnie, le ministre ne peut se prévaloir d'une erreur de cette nature pour déduire du prix de rachat la valeur d'un terrain laissé en moins dans la contenance d'une parcelle (1).

(1) Conseil d'Etat, 8 août 1890. Faillite de la Compagnie des Chemins de fer des Charentes. Recueil, 1890, p. 799.

De même, la Compagnie ne sera pas fondée à réclamer un supplément d'intérêts en raison de dépenses de constructions non liquidées le jour de la sentence, alors que l'indemnité accordée par celle-ci a le caractère de forfait présentatif des intérêts du capital de premier établissement (1).

Par contre, il se peut que la sentence arbitrale ne règle définitivement pas les comptes et laisse à des experts le soin de les arrêter si le rachat se réalise. C'est ce qui s'est produit pour les Bouches-du-Rhône.

b) Rachat après les quinze premières années :

Nous avons indiqué comment était fixé le délai d'expiration de ces quinze premières années. Le rachat après l'expiration de ce délai constitue ce que l'on peut appeler le rachat normal par opposition au rachat anticipé; la loi et le cahier des charges estiment qu'après cette période, l'œuvre est sortie des tâtonnements du début et que l'indemnité de rachat pourra être équitablement fixée par la moyenne des résultats des années précédentes.

Qui réglera l'indemnité de rachat ? Sur ce point, l'article 36 du cahier des charges manque un peu de clarté : « Si le rachat de la concession entière est demandé par le département après l'expiration des quinze premières années de l'exploitation, on réglera le prix du rachat en relevant les produits nets annuels obtenus par le concessionnaire pendant les sept années qui auront précédé celle où le rachat sera effectué, et en y comprenant les annuités qui auront été payées à titre de subvention : on

(1) Conseil d'Etat, 25 mai 1894. Chemins de fer des Charentes en faillite; syndic Lamoureux. Recueil, 1894, p. 368.

en déduira les produits nets des deux plus faibles années et l'on établira le produit net moyen des cinq autres années. »

On voit qu'à la différence du rachat anticipé, cet article relatif au rachat normal fixe les bases de l'indemnité sans indiquer l'autorité chargée de la déterminer. Il avait semblé dans ces conditions que c'était au ministre qu'il appartenait d'opérer le calcul de l'indemnité sur les bases fixées d'une manière rigoureuse par le cahier des charges, sauf recours pour excès de pouvoir ou fausse application de la loi devant le Conseil d'Etat. Cette opinion ne manquait pas de logique, mais elle avait contre elle le texte de l'article de la loi du 11 juin 1880 qui, dans tous les cas de rachat, remet la liquidation de l'indemnité à la commission formée comme il est dit dans la présente loi.

Il faut donc conclure que, dans tous les cas, lorsque l'indemnité de rachat n'a pas été autrement réglée soit par le contrat de concession, soit par une convention postérieure amiable, elle est réglée par la commission spéciale composée conformément à la loi du 29 mai 1845. Mais, tandis que, pour le rachat anticipé, cette commission aura à arbitrer souverainement l'indemnité, elle n'aura, au contraire, dans le cas de rachat normal, qu'à la calculer sur les bases fixées de façon précise par le cahier des charges, et la liquidation qui en sera ainsi faite nous paraîtrait pouvoir faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, au cas où elle ne serait pas conforme à ces règles.

Bases de l'indemnité. — Ces bases sont données par l'article 36, § 3 :

« 1° On fait le relevé des produits nets annuels obtenus

par le concessionnaire dans les sept années qui ont précédé l'année du rachat;

« 2° On déduit de ce relevé le produit net des deux plus faibles années et l'on établit le produit net moyen des cinq années restantes;

« 3° Ce produit net moyen formera le montant d'une annuité qui sera due et payée au concessionnaire pendant chacune des années restant à courir sur la durée de la concession (cahier des charges, art. 36, § 4);

« 4° Enfin, le paragraphe 5 édicte une règle qui a pour but de favoriser le concessionnaire lorsque le rachat est opéré dans une période de prospérité croissante. C'est que, quelle que soit la moyenne ainsi obtenue pour les cinq meilleures des sept années : « Dans aucun cas le montant de l'annuité ne sera inférieur au produit net de la dernière des sept années prises pour terme de comparaison. »

La base de la détermination de l'indemnité de rachat est donc le produit net. Que faut-il entendre par cette expression ?

Lors du rachat du chemin de fer de Paris à Rouen, M. VITET, rapporteur, définissait le produit net : « L'excédent des recettes sur les dépenses ordinaires d'entretien et d'exploitation. » L'expression « produit net » ne s'applique donc pas seulement à une somme égale au dividende réparti aux actionnaires, mais bien à toutes les sommes disponibles une fois les frais d'entretien et d'exploitation prélevés.

Il faudra donc, pour faire ressortir le produit net, établir d'abord le produit brut tel qu'il figure aux comptes annuels d'exploitation.

La détermination soit du produit brut, soit du produit

net, peut donner lieu à des contestations qui pourront porter soit sur des faits matériels et donner lieu au contrôle par experts des écritures de la Compagnie, soit sur des points de droit, et aboutira à des rectifications suivant les règles propres au caractère des dépenses ou des recettes indûment portées sur avances (1). Mais il y a lieu de s'en tenir, pour les comptes réglés, aux décisions de la commission de vérification si celles-ci n'ont donné lieu à aucun recours devant le Conseil d'Etat.

Il y a là une chose jugée qui s'impose aux deux parties.

Le Conseil d'Etat a décidé qu'il y a lieu de porter en recettes pour l'évaluation de l'indemnité, non seulement les produits qui ont été effectivement perçus, mais ceux dont la perception est autorisée par le cahier des charges, alors même que certaines de ces taxes n'auraient pas été perçues par suite d'une négligence ou d'une renonciation de la Compagnie.

Il est bien entendu qu'il faut dans le calcul des produits de l'exploitation comprendre les annuités qui auront été payées à titre de subvention et qui constituent, en effet, une partie importante des produits des chemins de fer.

Après avoir arrêté le produit brut, on obtient le produit net par la défalcation des dépenses d'entretien et d'exploitation telles qu'elles sont portées aux comptes annuels, c'est-à-dire :

1^o Dépenses de l'Administration centrale de concessions multiples : il y aura lieu de les porter à la charge de chaque réseau proportionnellement à la longueur et à l'importance de chacun d'eux;

(1) Conseil d'Etat, 8 février 1901. Compagnie de Bône-Guelma et prolongements. Recueil, p. 157.

2° Entretien de la voie : en général, à l'expiration de la concession, le concessionnaire est tenu de remettre la voie et les dépendances en bon état d'entretien. Bien qu'aucune disposition du cahier des charges ne précise cette obligation du concessionnaire pour le cas de rachat, il faut se souvenir qu'il est cependant prescrit que cet entretien en bon état devra être assuré pendant toute la durée de la concession et à la charge du concessionnaire; par suite, au moment du rachat, il y aura lieu, le cas échéant, de porter en dépense les sommes nécessaires à la remise en état de la voie ferrée si le concessionnaire n'avait pas assuré cet entretien. Au surplus, le produit net moyen ne s'obtenant que par la défalcation du produit brut du montant des dépenses d'entretien et d'exploitation, et l'entretien de la voie constituant par suite une dépense ordinaire, il est hors de doute que le concédant, malgré le silence du cahier des charges sur ce point, a le droit de défalquer de son indemnité de rachat le montant des dépenses d'entretien qui, obligatoires pour le concessionnaire, n'avaient pas été effectuées par lui.

3° Amortissement du coût de la voie : si l'entretien de la voie rentre sans contestation, comme nous venons de l'indiquer, dans les dépenses ordinaires à déduire du produit brut pour la détermination du produit net, en est-il de même de l'amortissement du coût de la voie ?

Nous distinguerons à cet effet entre les dépenses de renouvellement et les dépenses d'amortissement proprement dites :

a) En ce qui concerne les dépenses de renouvellement, celles-ci sont portées au compte d'exploitation, mais seulement à titre de dépenses extraordinaires;

b) Quant à l'amortissement proprement dit, il est bien entendu qu'il doit figurer dans les dépenses ordinaires, le produit net d'une affaire industrielle ne pouvant être établi qu'en tenant compte des dépréciations, risques de consommation et charges d'amortissement. Mais il ne s'agit là que de l'amortissement du capital qui s'opère d'après les prévisions de l'acte social et qu'il ne faut pas confondre avec l'opération de renouvellement, à qui on applique à tort trop souvent la dénomination d'amortissement.

4° Dépenses de matériel et d'outillage : aux termes de l'article 36, § 6, du cahier des charges, en outre de l'indemnité de rachat fixée comme nous l'avons vu plus haut, le concessionnaire a droit à l'indemnité représentative du mobilier et des approvisionnements.

Cette disposition figure à tous les cahiers des charges ; c'est l'élément d'indemnité relatif au *lucrum cessans* dont nous avons déjà indiqué la nécessité dans l'arbitrage d'équité de la commission spéciale au cas de rachat anticipé. A titre forfaitaire, cette prime de *lucrum cessans* a été remplacée par le remboursement à titre spécial du matériel roulant, alors que le calcul de l'indemnité de rachat tenait déjà compte du capital représentatif de ce matériel.

Il existe, en effet, une différence, en ce qui concerne la reprise du matériel roulant, entre le rachat et l'expiration de la concession. Dans ce dernier cas, en matière de chemins de fer d'intérêt local, l'autorité administrative se réserve de reprendre ce matériel, mais sans pouvoir y être contrainte. Au contraire, la reprise de la totalité de ces objets mobiliers est obligatoire pour le département ou la commune en cas de rachat.

Quant aux approvisionnements, leur reprise aura lieu dans les conditions du cahier des charges, c'est-à-dire que l'Administration ne pourrait être obligée de reprendre que ceux nécessaires à l'exploitation du chemin de fer pendant six mois, mais qu'elle peut requérir le concessionnaire de lui céder, à dire d'experts, ces approvisionnements dans la même proportion.

L'estimation du matériel devra se faire à dire d'experts. C'est donc la valeur effective et actuelle de ce matériel et outillage telle qu'elle résultera de l'expertise qui devra être remboursée au concessionnaire racheté, et non la valeur que celui-ci peut lui attribuer en comptabilité, par exemple par l'application du prix d'achat sous déduction d'une annuité d'amortissement.

De même que pour la voie, il faut porter en dépenses ordinaires pour la fixation du produit net les dépenses d'entretien du matériel. Ce chiffre du produit net doit être établi chaque année en déduisant des recettes les dépenses d'exploitation, et en particulier les dépenses pour usure du matériel.

Pour cela, il faudrait répartir entre les diverses années écoulées depuis la mise en exploitation la moins-value du matériel telle qu'elle a été constatée par les experts et appréciée par les tribunaux.

Toutefois, et de même que pour la voie, il faut se garder de confondre les dépenses d'entretien et celles de renouvellement; les premières, étant ordinaires et obligatoires, doivent, à la différence des secondes, être portées au compte d'exploitation, et réagir, par suite, sur la fixation du produit net comme les dépenses d'entretien de la voie.

Avant d'en terminer avec les chemins de fer d'intérêt local, il convient d'étudier une mesure que l'on rencontre

dans plusieurs lois, et qui dispose qu'à toute époque une voie ferrée peut être distraite du domaine public départemental ou communal et classée par une loi dans le domaine public de l'Etat.

La loi portant classement dans le réseau d'intérêt général d'une ligne précédemment concédée au titre d'intérêt local comporte la plupart du temps une double éviction :

— éviction du concédant,

— éviction du concessionnaire.

Il y a toujours éviction du concédant, puisque l'Etat le dépossède pour se mettre en son lieu et place.

D'autre part, le classement de la ligne d'intérêt local dans le réseau d'intérêt général aura pour but sa fusion par rétrocession dans le réseau d'une grande Compagnie, et, par suite, l'éviction du concessionnaire. Comment alors sera réglée l'indemnité d'éviction de ce dernier ? C'est l'objet de l'article 11, § 3, de la loi de 1880 et de l'article 39, § 3, de la loi de 1913.

Il semble, au surplus, que cette disposition soit inutile. Substitué à tous les droits du département, l'Etat a celui de rachat qu'il peut exercer dans les conditions prévues pour le rachat par le concédant; aussi faut-il interpréter le paragraphe 3 des articles 11 de la loi de 1880 et 39 de la loi de 1913 qui renvoient la fixation de l'indemnité à la commission arbitrale, comme des articles de simple procédure.

Pour le fond, l'indemnité d'éviction devra être réglée sur les mêmes bases de rachat et suivant les distinctions que nous avons établies en ce qui concerne le rachat avant ou après l'expiration de la période de quinze ans.

Dans le cas de modification du tracé d'une voie ferrée, il y a constitution d'une éviction partielle dont les effets

vis-à-vis du concessionnaire seront analogues à ceux d'un rachat; aussi beaucoup d'auteurs qualifient-ils cette opération de rachat partiel. Il est nécessaire que cette opération ait été reconnue après enquête, alors que pour le rachat aucune enquête n'est ordonnée.

Au regard du concessionnaire, le résultat est le même : la modification et surtout la suppression du tracé ouvrieraient pour lui le droit à une indemnité qui, à défaut d'accord préalable ou d'arbitrage amiable, sera fixée comme en matière de rachat d'office (lois de 1880 et de 1913).

Il est fréquent que dans les contrats de concession les parties excluent toute faculté de rachat pendant les dix ou quinze premières années de l'exploitation, ou encore que, si elles prévoient la faculté de rachat pendant ces années de « démarrage », elles fixent un mode d'établissement d'annuité particulier, plus favorable au concessionnaire que ne le serait l'évaluation fondée sur les produits annuels d'exploitation. Mais, lorsque, parmi ces années de lancement, certaines n'ont pas porté leurs fruits par suite d'un bouleversement des circonstances économiques, n'y a-t-il pas lieu, tenant compte de l'intention véritable des parties, de les déduire du nombre total d'années écoulées depuis la mise en exploitation pour le calcul de la période d'interdiction ou de régime spécial de rachat ? Pendant ces années, le jeu de l'exploitation s'est en effet trouvé faussé. Le plein épanouissement de l'entreprise a été retardé d'autant.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas arrêté à ce raisonnement : il a, dans plusieurs arrêts (1), refusé de prolonger le délai

(1) Conseil d'Etat, 9 décembre 1938. Dép. Constantine contre Compagnie des Tramways de Bône à la Calle. Recueil, p. 925.

conventionnel de quinze ans, prévu par les parties pour un régime spécial de rachat conforme à l'article 11 de la loi du 11 juin 1880 (règlement de l'indemnité par une commission arbitrale siégeant au ministère des Travaux Publics), ce en dépit du bouleversement économique dont le concessionnaire soutenait que ces quinze premières années s'étaient en fait trouvées affectées.

Les dates d'exigibilité des termes d'une annuité de rachat étant déterminées par une convention et précisées par un accord entre les parties, si une interprétation intervient ayant pour objet de modifier le régime ainsi établi dans un sens susceptible d'être favorable aux intérêts de l'Administration, sans qu'un avenant régulier ait été conclu, cette interprétation ne peut être admise et la convention doit être considérée comme faisant seule la loi des parties (1).

Enfin, le mode de calcul de l'indemnité de rachat est obligatoire pour le juge appelé à statuer à son sujet. Ceci résulte d'une décision judiciaire et un Conseil de Préfecture (2), quand il est appelé à déterminer les conditions dans lesquelles sera fixée l'indemnité due au concessionnaire à la suite du rachat de son entreprise, ne saurait s'arrêter à une méthode d'évaluation qui serait en contradiction avec la chose jugée par le Conseil d'Etat dans une décision antérieure :

« ...Considérant que la méthode d'évaluation ainsi sanctionnée par le Conseil de Préfecture est inconciliable avec la chose jugée par le Conseil d'Etat dans sa décision du

(1) Conseil de Préfecture interdépartemental de Nancy, 17 mars 1928 : Compagnie Meusienne de Chemins de fer contre Département de la Meuse.

(2) Conseil d'Etat, 26 juillet 1933. Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi. Recueil, p. 890.

24 avril 1931, que ladite décision modifiant la mission des experts a compris au nombre dont l'amortissement incombe à la ville le capital investi dans l'acquisition et la transformation du service; que, dès lors, la société requérante est fondée à demander l'annulation sur ce point de la décision attaquée... »

3° L'INDEMNITÉ DE RACHAT ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION.

Une question importante a été posée à propos de l'application de la théorie administrative de l'imprévision sur la fixation de l'indemnité de rachat. Les règles qui constituent la théorie de l'imprévision peuvent être ainsi formulées :

Lorsque des événements exceptionnels et anormaux, imprévisibles au moment où la concession a été conclue, auxquels les deux parties ont été étrangères, sont venus rendre plus onéreuse la situation du concessionnaire au point de bouleverser complètement l'économie de la concession et de mettre ainsi le concessionnaire dans une situation extra-contractuelle :

1° Le concessionnaire reste tenu de son obligation d'exécuter et doit continuer à faire fonctionner le service;

2° Mais il a droit à une certaine compensation de la part de l'Administration, non pour le gain manqué, mais pour les pertes subies par lui et résultant du bouleversement de l'économie de la concession (1).

Cette théorie a été établie originairement pour la concession de service public. L'arrêt de principe est : Conseil d'Etat, Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux,

(1) Cf. Droit Administratif, M. BONNARD. 3^e édition (1940).

24 mars 1916, conclusions CHARDENET. La théorie a été ensuite appliquée à tous les contrats administratifs.

Pour qu'il y ait cet état d'imprévision, il faut que les événements en cause présentent certains caractères : ils doivent être d'abord exceptionnels et anormaux, imprévisibles et étrangers aux parties; ils doivent ensuite déterminer un bouleversement économique de la concession et créer pour le concessionnaire une situation extra-contractuelle. Cette situation extra-contractuelle dure un certain temps appelé période extra-contractuelle. Pendant cette période, les pertes subies constituent les charges extra-contractuelles.

Pour savoir comment se calculent ces charges, les règles posées par la jurisprudence décident que ces charges sont constituées par les pertes subies pour quelques causes que ce soit, c'est-à-dire par tous les déficits.

Cette théorie administrative de l'imprévision va-t-elle s'appliquer en cas de rachat de la concession, c'est-à-dire devra-t-on tenir compte des événements imprévisibles et anormaux venus bouleverser les résultats de l'année prise comme base pour la fixation de l'indemnité, dans le calcul de la fixation de cette indemnité de rachat ?

Le Conseil d'Etat a établi par une jurisprudence constante dans la matière que le concessionnaire n'a pas le droit, pour la raison que des faits imprévisibles auraient modifié les résultats de l'exercice de base, de demander l'augmentation de l'indemnité de rachat.

Voici, par exemple, un de ses derniers arrêts : l'arrêt du 30 juin 1933, Société Le Centre Electrique (S. 1934, III. - 17, avec note de M. MESTRE).

En présence d'une clause du cahier des charges d'une

concession de distribution d'énergie électrique qui prévoit, en cas de rachat, à titre de première indemnité, une annuité égale au produit net moyen des sept années d'exploitation précédant celle où le rachat a été effectué, sans que le montant de l'annuité puisse être inférieur au produit net de la dernière de ces sept années, le concessionnaire n'est pas en droit de demander la ratification des résultats réels de la dernière année d'exploitation à raison de la répercussion des circonstances de guerre sur les résultats de l'exploitation : celle-ci ne saurait être retenue, à l'occasion d'un litige portant sur le règlement financier du rachat, en vue de modifier, contrairement aux stipulations du contrat, les résultats effectivement obtenus.

Il peut seulement, le cas échéant, être tenu compte dans ces résultats du montant de l'indemnité d'imprévision au cas où une telle indemnité aurait été allouée.

Par contre, il y aurait lieu de tenir compte, le cas échéant, d'une insuffisance de tarif si les tarifs avaient été maintenus intentionnellement par la ville à un taux anormal en vue de réduire les charges d'un rachat éventuel.

Dans sa note sous cet arrêt, M. MESTRE a bien analysé les rapports entre l'imprévision et le rachat.

D'après lui, l'arrêt Tramways de Cherbourg du 9 décembre 1932 (Sirey 1933, III, 9) a affirmé la nature transitoire de la théorie de l'imprévision en limitant ses effets dans le temps; la décision ci-dessus a pour effet de le cantonner dans son objet propre, qui est d'empêcher le concessionnaire de succomber sous le poids de charges imprévisibles. Ainsi se trouve affirmé par ces deux décisions le caractère en quelque sorte « localisé » d'une doctrine dont les concessionnaires sont naturellement portés à généraliser les applications, mais que la juris-

prudence du Conseil d'Etat s'attache à maintenir dans de justes limites.

Dans l'arrêt du Conseil d'Etat, le litige portait sur l'interprétation de l'alinéa du cahier des charges de la concession déclarant que le montant de l'annuité de rachat doit être au moins égal au produit net de la dernière année considérée. Le concessionnaire demandait à la juridiction saisie de faire bénéficier le produit net de majorations diverses dont certaines étaient fondées sur l'imprévision, les conséquences de la guerre ayant enrayé au cours de l'année considérée le développement de l'exploitation. Dans ces conditions, prétendait le concessionnaire, il conviendrait de majorer le produit net de l'année considérée et, par suite, l'annuité de rachat, car il serait injuste de lui faire subir jusqu'à la fin de la période que comportait la concession les conséquences d'une situation exceptionnellement défavorable. La même théorie, qui permet au concessionnaire de compenser en partie les charges imprévisibles qu'il a subies, ne doit-elle pas également venir à son secours, quand il s'agit pour lui d'éviter les conséquences désastreuses d'un rachat intervenant dans une période anormale ?

Le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé. Du reste, l'indemnité d'imprévision et l'indemnité de rachat constituent des notions correspondant à des catégories juridiques essentiellement différentes.

L'indemnité de rachat permet au concessionnaire de recevoir du concédant jusqu'à la fin de la durée normale de la concession une somme au moins égale au produit net de la dernière année considérée. Il est évident que, si l'exercice a été déficitaire, cette portion de l'indemnité pourra être réduite à néant et le concessionnaire devra

alors se contenter de l'indemnité due pour le coût des ouvrages non encore amortis. Il est établi d'autre part que l'indemnité d'imprévision ne saurait jamais avoir pour résultat de procurer un bénéfice au concessionnaire.

L'imprévision suppose essentiellement qu'à un moment donné, l'arrivée de charges extra-contractuelles a eu pour effet de mettre les deux parties dans une situation qui n'était plus celle du contrat.

M. MESTRE définit avec justesse ces deux sortes d'indemnités : « L'indemnité d'imprévision comporte une liquidation du passé; l'indemnité de rachat, l'établissement d'un *modus vivendi* pour l'avenir. »

De la jurisprudence du Conseil d'Etat il faut conclure que la théorie de l'imprévision ne pourrait pas, sans être modifiée, servir à améliorer la situation du concessionnaire au moment même où, par l'opération du rachat, il cesse de la gérer.

Le concessionnaire ne peut donc être admis, sous prétexte que des circonstances imprévisibles auraient compromis les résultats de l'année qui sert de base à la fixation de rachat, à en exiger la majoration.

Cependant, il existe une hypothèse dans laquelle l'imprévision est susceptible de réagir sur le rachat : c'est celle où, lors du rachat, le concessionnaire a déjà obtenu à son profit, soit à l'amiable, soit en vertu d'une action judiciaire, l'octroi d'une indemnité pour les charges imprévisibles qu'il a supportées. L'allocation d'une somme à titre de charges extra-contractuelles ayant pour effet de rétablir la situation de l'année déficitaire, il est naturel que le concessionnaire puisse s'en prévaloir pour la fixation de l'annuité de rachat.

Cette solution a été adoptée par le Conseil d'Etat par

arrêt du 10 mai 1929 (1) à propos d'une annuité de rachat qui devait être calculée sur la moyenne des bénéfices nets de trois années de guerre.

Le Conseil a décidé, dans ces conditions, que « pour rétablir le jeu normal du contrat pendant ces trois exercices, il y avait lieu de faire entrer dans le calcul des recettes de la Compagnie l'indemnité compensatrice des charges extra-contractuelles, dont le Conseil d'Etat a décidé l'attribution ».

Mais la théorie de l'imprévision n'aboutit pas à indemniser le concessionnaire de la perte intégrale qu'il a subie pendant la période extra-contractuelle, mais qu'elle « lui laisse supporter la part de déficit que l'interprétation raisonnable du contrat conduit à laisser à sa charge ».

Dans l'arrêt ci-dessus, le Conseil d'Etat prescrit aux experts de « faire entrer en compte, non pas seulement l'indemnité que la ville devra payer à la Compagnie, pour charges imprévisibles, mais la totalité desdites charges, y compris la part que l'interprétation raisonnable du contrat aura permis de laisser à la charge du concessionnaire ».

Cette jurisprudence est juste : au cas où une indemnité d'imprévision aura été allouée au concessionnaire, les résultats de l'exercice pris comme base pour le calcul de l'annuité de rachat devront être rectifiés par l'adjonction, non seulement de l'indemnité d'imprévision, mais encore de la totalité du déficit déterminé par l'autorité compétente.

Dans un arrêt du 24 avril 1931 (2), s'agissant d'une

(1) Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux contre Ville de Bordeaux. Rec. p. 485.

(2) Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi. Rec. p. 433.

indemnité d'imprévision qui n'avait pas encore été fixée, quoi qu'elle eût été déjà demandée au moment du rachat, le Conseil d'Etat prescrit de tenir compte « de l'indemnité compensatrice des charges extra-contractuelles qui pourra être accordée à la société ».

Cette solution a l'avantage d'empêcher le concédant d'opérer un rachat dans des conditions particulièrement avantageuses pour lui, mais ruineuses pour le concessionnaire.

Ce dernier demande une indemnité d'imprévision, mais ne l'a pas encore obtenue, et le rachat intervient à ce moment. On ne saurait évidemment faire supporter au concessionnaire les conséquences des délais de la procédure; le fait qu'il a intenté une action judiciaire à l'effet de sauvegarder ses droits suffira à lui assurer le bénéfice de l'imprévision pour le calcul de l'annuité de rachat à laquelle il pourra prétendre.

En ce qui concerne l'indemnité de rachat relative au remboursement des ouvrages non encore amortis, l'arrêt du 30 juin 1933 (Société Le Centre Electrique) refuse de faire application de la théorie de l'imprévision. Comme l'a indiqué le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, la théorie de l'imprévision ne peut s'appliquer directement en matière de rachat, car la base même de cette théorie, qui est la nécessité d'assurer le service public, fait défaut. Si, à la vérité, le Conseil d'Etat a admis l'application de la théorie de l'imprévision en cas d'une concession mise en régie ou sous séquestre (Conseil d'Etat 30 novembre 1928, Société Le Centre Electrique, Rec. p. 1.228), cette jurisprudence se trouve justifiée par le fait que la régie est assurée aux frais et risques du concession-

naire. Il en est tout autrement en cas de rachat où la nécessité d'assurer le service n'a plus de sens à l'égard du concessionnaire évincé.

Enfin, en décidant le rachat d'une concession, l'autorité concédante ne fait qu'user du droit qu'elle tient de son contrat, sans que la circonstance que le rachat intervient à un moment particulièrement favorable pour l'autorité concédante soit de nature à ouvrir un droit à indemnité pour le concessionnaire. Sur ce point, c'est avec raison que le Conseil d'Etat a encore rejeté la théorie de l'imprévision. Le contrat de concession permet en effet le rachat à toute époque et rien ne faisait obstacle à ce que le concédant usât de cette faculté au moment où il le jugeait favorable à ses intérêts.

4^e SECTION

Questions que pose la liquidation de la concession.

1^o L'IMPÔT SUR LE REVENU DES CRÉANCES EST-IL EXIGIBLE SUR L'ANNUITÉ DE RACHAT ?

Quand il a été procédé à un rachat de service public, une question importante se pose de savoir si l'impôt sur le revenu des créances est exigible sur l'annuité de rachat de la concession.

L'Administration de l'Enregistrement peut-elle réclamer l'impôt sur le revenu des créances sur une annuité de rachat, en prétendant d'une part que l'indemnité de rachat doit être assimilée à un prix de vente d'un fonds de commerce et imposée comme telle, et d'autre part, sans qu'aucune stipulation expresse de la convention de rachat ne l'autorise à cette assertion, que chaque annuité comporte une part d'intérêt ?

La loi du 31 juillet 1917 dispose dans son article 38 :
« L'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers établi par les articles 31 et suivants de la loi du 31 décembre 1916 s'applique aux intérêts, arrérages et tous autres produits : 1° des créances hypothécaires privilégiées et chirographaires, à l'exception de toute opération commerciale ne présentant pas le caractère juridique d'un prêt... »

« ARTICLE 40. — La retenue de l'impôt est opérée au moyen de l'apposition de timbres mobiles sur la quittance ou tout autre écrit constatant le paiement ou l'inscription au crédit d'un compte des intérêts, arrérages ou tous autres produits. Le droit est à la charge exclusive du créancier, nonobstant toute clause contraire, quelle qu'en soit la date; toutefois, le créancier et le débiteur en sont tenus solidairement... »

La combinaison de la loi du 31 juillet 1917 et de celles du 13 juillet 1925 et du 11 juillet 1928 a conduit à exclure du bénéfice de l'exemption accordée aux créances commerciales, outre les créances issues d'un prêt, celles qui représentent le prix de vente d'un fonds de commerce.

La question s'est posée de savoir si l'annuité de rachat peut être imposée à ce dernier titre.

L'Administration de l'Enregistrement paraît disposée à vouloir le faire admettre. Mais elle ne peut se réclamer d'aucune décision de jurisprudence. D'autre part, sa thèse semble se heurter à diverses objections :

A. — Une concession n'est pas de la nature juridique d'un fonds de commerce.

La différence entre ces deux entités juridiques paraît si profonde que toute tentative d'assimilation, même sur le terrain purement fiscal, semble vouée à un échec. Sans doute, le concessionnaire est à certains points de vue traité

comme un commerçant, car il exerce une activité semblable, ou du moins généralement semblable à celle des entreprises privées (ceci est particulièrement net en matière de transport). Il est imposé en cette qualité à propos de son exploitation, justiciable des tribunaux de commerce et des règles de fonds du droit commercial, par exemple pour les actions intentées par les abonnés, pour les instances en concurrence illicite ou déloyale.

Mais ce caractère commercial ne déborde guère les rapports du concessionnaire avec les tiers. Il n'apparaît plus au même degré dans les rapports du concessionnaire avec le concédant, dont l'opération de rachat est le dernier épisode et où le caractère administratif prédomine. Le contrat de concession, charte du service, est au plus haut degré un contrat administratif ne relevant que des règles et des juridictions du droit public. L'organisation technique du service est empreinte du caractère réglementaire. La qualité de commerçant dont apparaît parfois investi le concessionnaire n'autorise donc nullement à cette déduction qu'il soit titulaire d'un fonds de commerce.

Un argument par analogie peut être emprunté au domaine des régies. Le Conseil d'Etat admet qu'une commune, exploitant en régie un service de transports, de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, développe une activité commerciale. Il la reconnaît imposable à ce titre (1). Néanmoins, personne n'a jamais songé à soutenir qu'une régie était un fonds de commerce.

Ce qui interdit encore d'assimiler concession et fonds de commerce, c'est qu'à vrai dire la concession ne comporte aucun des éléments substantiels du fonds de commerce,

(1) Conseil d'Etat, 16 mars 1936. Ministre des Finances contre Ville de Bordeaux. S. 1936, III, 57.

et notamment cet élément prédominant qui est un achalandage ou une clientèle, au sens que le droit commercial attache à ces termes? Nullement. La caractéristique de l'achalandage et de la clientèle, c'est qu'ils sont le résultat de l'effort personnel du commerçant poursuivi librement dans le cadre d'un minimum de restrictions légales et réglementaires. Ils supposent que l'entreprise se meut dans le domaine réservé au commerce et à l'industrie. Et c'est parce qu'il représente le fruit d'un effort personnel que le commerçant est fondé à en retrouver la valeur lorsqu'il décide de son exploitation.

L'activité du concessionnaire est au contraire conditionnée par la volonté administrative qui, soit au moyen de stipulations contractuelles (cahier des charges, ave-nants), soit même par voie d'injonctions unilatérales lorsqu'il s'agit plus spécialement de la bonne organisation technique du service, impose au concessionnaire les différentes modalités de son exploitation (tarifs, matériel, emplacements, heures de service, etc.), et lui interdit de se livrer, du moins seul, à cette constante recherche d'une meilleure adaptation aux besoins changeants du service et d'une augmentation du rayon d'action de l'entreprise qui est le propre des exploitations privées.

La Cour de Cassation a jugé dans le même ordre d'idées qu'une redevance pour occupation du domaine public ne peut être assujettie à un droit de bail ordinaire, parce que perçue en vertu d'un tarif réglementaire (1).

Le régime fiscal en application dans le domaine de l'activité privée n'a plus cours dès lors que l'assujetti se trouve placé, non pas dans le cadre d'une situation créée par les

(1) Cour de Cassation, Chambre Civile, 15 mars 1937.

échanges économiques, mais dans celui d'une situation tracée par des prescriptions administratives.

On remarquera enfin qu'il n'y a aucune raison de traiter le rachat de concession comme une cession de fonds de commerce au point de vue de l'impôt sur le revenu des créances, alors que, par ailleurs, le régime fiscal de ces deux opérations est complètement différent.

La Cour de Cassation (Chambre Civile, 24 février 1936) a expressément reconnu cette différence de régime en cassant un jugement qui avait cru pouvoir assujettir une cession de concession à un taux unique de droit d'enregistrement, et en spécifiant que chaque élément devait être imposé selon le taux comporté par sa nature juridique particulière.

B. — Le rachat ne s'analyse pas en une vente.

Pour le développement de cette idée, nous renvoyons à ce que nous avons dit dans notre deuxième partie, Chapitre I, 4^e Section.

C. — Sauf stipulation expresse, une annuité de rachat ne comporte pas d'intérêts.

Rappelons d'abord le principe. Le montant d'une créance n'est pas censé comprendre des intérêts, sauf stipulation expresse (article 1.907 du Code Civil). Ce principe est vrai même en droit fiscal.

La nature particulière de l'annuité de rachat se prête peu à une stipulation d'intérêts. En effet, chaque annuité répond à la réparation d'un préjudice qui n'est subi qu'au moment même de l'échéance de cette annuité. C'est dire que, ne représentant nullement le paiement d'une dette échue depuis la convention de rachat, elle ne saurait comprendre que du capital, sans intérêts.

Un arrêt du Conseil d'Etat statuant à propos d'un litige un peu différent a énoncé ce principe :

« La circonstance que le rachat de la concession a été consenti moyennant le versement d'un certain nombre d'annuités, n'est pas de nature à modifier le caractère de l'opération. »

En résumé, l'annuité de rachat ne paraît donc pas devoir être soumise à l'impôt sur le revenu des créances au titre des lois du 31 juillet 1917, 13 juillet 1925, 11 juillet 1928 combinées, qui étendent cet impôt au prix de vente du fonds de commerce. Elle ne saurait, en effet, être assimilée au prix de vente d'un fonds de commerce, d'abord parce que la concession n'est pas un fonds de commerce, ensuite parce que le rachat, étant par sa nature une résiliation et ne comportant pas de prix, n'est pas assimilable à une cession, enfin parce que, sauf disposition expresse, une annuité de rachat ne comprend pas d'intérêts.

Cette question a fait l'objet d'une décision judiciaire fort importante (1). Elle est l'une des premières à statuer sur une question très délicate et du plus haut intérêt pour tous les concessionnaires créanciers d'indemnité ou d'annuités de rachat.

Les intérêts afférents à l'indemnité de rachat d'une concession de service public ne sont pas passibles de l'impôt sur le revenu des créances, car cette indemnité jouit de l'exemption instituée à cet égard pour les créances commerciales, et d'autre part l'opération de rachat ne peut s'analyser ni en un prêt, ni en une vente de fonds de

(1) Tribunal Civil de Bordeaux, 20 décembre 1939. Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux et Ville de Bordeaux contre Administration de l'Enregistrement.

commerce, seules exceptions prévues à cette règle générale d'exemption.

L'Administration de l'Enregistrement n'est pas fondée à objecter qu'en dépit du monopole attaché au service public et du caractère indemnitaire du prix de rachat, l'opération consisterait en réalité dans la cession d'une entreprise présentant tous les éléments d'un fonds de commerce : matériel, droit au bail et achalandage. En effet, le rachat n'est pas une vente, l'indemnité dont il est assorti n'est pas un prix de vente, enfin les éléments d'un fonds de commerce manquent à une concession, notamment l'achalandage auquel on ne peut assimiler la nature très particulière des relations qui s'instituent entre concessionnaires et usagers.

S'il a été fixé un prix de reprise du mobilier d'un immeuble de la société concessionnaire, en dehors du rachat prévu par le cahier des charges, on ne peut même admettre que ce prix soit susceptible de l'impôt, car il suffit de constater qu'il se rattache à une opération commerciale complètement indépendante du rachat.

2° OBLIGATIONS DU CONCÉDANT RÉSULTANT DU RACHAT.

L'autorité concédante qui a mis fin à une concession de service public doit prendre la place du concessionnaire évincé pour continuer l'exploitation et tenir les engagements résultant du fonctionnement du service.

C'est ainsi que, par exemple, en cas de rachat d'une Compagnie de chemins de fer d'intérêt local par le département, lorsque le cahier des charges stipule que :

a) le département prendra la place de la Compagnie dans ses engagements vis-à-vis des agents, la Compagnie ne peut être obligée à continuer le service de pensions accor-

dées à des agents âgés et fatigués, mis à la retraite avant d'avoir rempli les conditions réglementaires. Le département doit se substituer à elle et lui rembourser les sommes versées à ce titre depuis le jour du rachat;

b) lorsqu'il stipule que *le département assume la charge des redevances annuelles* dues à une Compagnie de chemins de fer d'intérêt général pour le loyer des terrains de diverses gares du réseau d'intérêt local, compris dans les dépendances du réseau d'intérêt général, étant spécifié que ces redevances seraient avancées par le concessionnaire et remboursées à celui-ci par le département avant le 15 avril de l'année suivante, que, d'autre part, l'indemnité de rachat est fixée forfaitairement à une somme devant libérer complètement et réciproquement les parties de toutes dettes et obligations pouvant exister au 1^{er} janvier précédent, la Compagnie n'est pas fondée à réclamer le remboursement des sommes versées par elle pendant la dernière année d'exploitation, et représentant le loyer de ladite année;

c) *quand ce concessionnaire a été autorisé à fournir son cautionnement*, soit en numéraire, soit en rentes sur l'Etat, la Compagnie qui a constitué son cautionnement en rentes n'a d'autre droit, lors de la libération, que de demander la restitution de ses titres, sans pouvoir réclamer une indemnité en raison de la dépréciation qu'ils ont subie depuis leur dépôt, alors surtout qu'elle n'a fait aucune démarche, au cours de son exploitation, pour y substituer du numéraire.

Cette explication résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat (1)

(1) Conseil d'Etat, 9 janvier 1927. Compagnie des Chemins de fer départementaux des Bouches-du-Rhône contre Département des Bouches-du-Rhône.

qui a mis en application la règle mettant à la charge du concédant certaines obligations du fait du rachat vis-à-vis du public et du personnel de service.

De même, le cahier des charges-type des entreprises hydrauliques concédées sur les cours d'eau et les lacs décide que (1) :

« ...L'Etat sera tenu, dans tous les cas, de se substituer au concessionnaire pour l'exécution des contrats passés par lui en vue d'assurer la marche normale de l'exploitation et l'exécution de ses fournitures.

« Cette obligation s'étendra pour les engagements et marchés relatifs à des fournitures de courant, à toute la durée stipulée dans chaque contrat, sans pouvoir dépasser le terme de la concession. Toutefois, si l'Etat établissait que certaines conditions de prix ou d'un contrat de fourniture de courant n'étaient pas justifiées comme normales pour l'époque où elles ont été souscrites en ayant égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, il pourrait en réclamer la réformation par la voie sentencieuse pour leur substituer les conditions qui seraient jugées normales pour ladite époque et pour cet ensemble de circonstances.

« Pour les autres engagements et marchés, l'Etat ne sera tenu d'en continuer l'exécution que pendant cinq années au plus à partir du rachat. »

Donc, à l'égard des usagers, l'autorité concédante se trouve substituée dans tous les engagements qu'avait assumés le concessionnaire; elle devra respecter notamment les conventions particulières conclues avec des abonnés, même si la durée de ces conventions se confond avec celle

(1) Décret du 5 septembre 1920 au *Journal Officiel* du 12 septembre 1920.

de la concession même (1) ; cela n'existerait pas s'il s'agissait d'engagements que la Compagnie n'avait pas le droit de prendre d'après son contrat. C'est là une question d'espèce (2).

En sens inverse, le pouvoir concédant se trouve substitué dans tous les droits qui appartenaient au concessionnaire. Le Conseil d'Etat a signalé ce principe dans son arrêt du 17 novembre 1937 (3), à propos d'une concession qui prévoyait la reprise gratuite par une ville de tous les ouvrages destinés à la production et au transport de l'énergie électrique. L'usine de production, en l'espèce, avait cessé de fonctionner à la suite de travaux entrepris par un tiers, et le concessionnaire avait obtenu de ce dernier, comme compensation, la livraison d'une puissance de remplacement d'un certain nombre de kilowatts : il fut décidé que le bénéfice d'une telle convention devait revenir à la commune concédante.

(1) Conseil d'Etat, 16 juin 1922. Compagnie Générale des Eaux contre Ministre de la Marine et Ville de Toulon. Recueil, p. 521.

(2) Conseil d'Etat, 24 mars 1926. Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Lyon. Note de M. APPLETON. Dalloz, 1927-III-9.

(3) Conseil d'Etat, 17 novembre 1937. Dame veuve Bastit. Recueil, p. 940.

CONCLUSION

Après avoir indiqué la place qu'a tenue la clause de rachat en matière de concession de service public et avoir tenté de déterminer avec quelque précision quel devait être le mécanisme du rachat sous l'empire des contrats actuellement en vigueur, il est utile de rechercher en terminant le rôle que doit jouer la clause du rachat.

Comme il s'agit d'un service public, l'autorité administrative peut, à tout moment et en dehors des cas de déchéance, estimer que l'intérêt du service, donc l'intérêt public, exige que le service soit replacé sous le régime de la régie, avant l'expiration du terme prévu au contrat, et le concessionnaire ne peut s'y opposer. Mais le concessionnaire a droit, dans ce cas, à des compensations financières équivalentes.

Les règles du rachat varient, nous l'avons vu, d'une concession à l'autre. Mais on peut poser en principe qu'elles sont agencées de telle façon que le rachat ne puisse causer aucun préjudice au concessionnaire. M. WALINE (1) a même pu dire qu'en pratique, les clauses de rachat sont souvent draconiennes pour la personne du concédant et rendent les rachats si onéreux qu'ils deviennent à peu près impossibles (clauses de reprise du matériel à dire d'experts, ou au prix d'achat diminué de la dépréciation pour vétusté).

Pour les chemins de fer, certains auteurs ont même été jusqu'à prétendre que les clauses de rachat étaient combi-

(1) M. WALINE. Droit Administratif. 2^e édition (1939).

nées de telle façon que l'Etat devrait payer certains matériels plusieurs fois (1). Evidemment, ces allégations devaient contenir une part de vérité puisque ces clauses ont été modifiées par la suite (avenant du 6 juillet 1933). Pourtant, cette affirmation nous semble quelque peu exagérée.

La clause de retrait, dans les concessions de service public, a essentiellement pour raison d'être de permettre la conversion des traités conclus par la puissance publique avec les concessionnaires.

Elle apparaît comme le moyen d'action le plus puissant — *ultima ratio* — dont les pouvoirs publics puissent disposer à l'égard des concessionnaires.

Ceux-ci ont parfois un monopole constitué par l'Administration elle-même, un pouvoir économique qui leur vient d'elle. Il convient qu'ils n'usent de leur force que dans un intérêt social, moyennant une juste rétribution qui constituera leur bénéfice d'entreprise.

La puissance publique a le droit et le devoir de prendre vis-à-vis de ces concessionnaires toutes les précautions nécessaires pour les empêcher d'abuser de leur supériorité industrielle ou commerciale, et comme il est impossible de régler à l'avance, d'une manière absolument rigide, les rapports extrêmement complexes entre les pouvoirs publics, représentant l'intérêt général, et les sociétés concessionnaires, la puissance publique a songé à se réserver le droit de rescinder les contrats primitifs en donnant aux concessionnaires la faculté d'opter, quand elle le leur propose, entre le rachat de leur concession et des nouvelles conventions.

(1) Cf. J. MOCH, Capitalisme et transports, p. 76 et suivantes.

C'est pourquoi la clause de rachat est au nombre des dispositions qui permettent à l'Etat « d'imposer des limites aux intérêts particuliers, s'ils s'affichent avec exagérations ».

Quelle est la puissance de cet organe d'action ? Quelle est aussi son utilité ?

Le retrait d'une concession comporte le paiement d'indemnités déterminées suivant les critères que nous avons essayé d'analyser avec quelque précision. On peut dire que l'Administration peut menacer du rachat les sociétés, toutes les fois que le bénéfice qui pourrait résulter de l'opération sera supérieur aux charges qu'entraînerait pour elle la mise en œuvre de la clause de retrait.

D'autre part, il est évident que les sociétés concessionnaires n'hésiteront pas à faire des sacrifices pour éviter le rachat toutes les fois qu'elles pourront espérer retirer de l'exploitation de leurs services un bénéfice supérieur à celui qui résulterait pour elles de l'application pure et simple de la clause de retrait.

C'est ainsi que l'on est arrivé à concilier dans une certaine mesure ces deux idées qui, au premier abord, peuvent paraître contradictoires :

a) La clause de rachat a été conçue comme l'application des principes de l'expropriation pour cause d'utilité publique aux concessions de services publics ;

b) Elle permet la conversion des traités de concession.

La première proposition peut se traduire ainsi : l'indemnité de rachat doit tenir compte du « *damnum emergens* » et du « *lucrum cessans* ». La seconde peut prendre la forme suivante : le retrait permet la réduction des avantages que les sociétés peuvent retirer de l'exploitation des services publics.

Au terme d'une étude sur le rachat des concessions, nous sommes autorisés à nous demander qu'elles en sont ses perspectives d'avenir.

Le rachat est évidemment lié au sort des concessions de services publics.

Pendant la période de libéralisme économique d'avant-guerre, l'Etat ne devait gérer que les seules entreprises de services publics que l'initiative privée ne pouvait gérer.

Cette doctrine préconisait que dans le cas d'un service public, son exploitation devait se faire plutôt en concession qu'en régie : les entreprises fonctionnant sur le domaine public (eau, gaz, électricité, chemins de fer) devaient être exploitées par les Administrations propriétaires du domaine ; mais ces Administrations devaient les gérer en concession et non avec leurs ressources et pour leur bénéfice ; on les obligeait à confier l'exploitation à une société privée.

Cependant, dès cette époque, nous avons déjà noté l'immixtion toujours grandissante de l'Etat dans la gestion des services d'intérêt public.

A la fin de la guerre de 1939, l'économie française était tout entière dirigée par l'Etat, par la mise en œuvre des lois de 1938.

Après l'armistice, l'Etat a décidé de maintenir et d'accentuer cette politique d'économie dirigée, qui était évidemment inévitable dans les circonstances présentes.

Nous vivons actuellement une période qui aura dans l'histoire une importance capitale.

Deux conceptions s'affrontent :

La conception démocratique anglo-saxonne qui fait la plus grande part possible aux initiatives privées ;

La conception des états totalitaires qui sacrifie les intérêts privés à l'intérêt général.

Dans la conception démocratique anglo-saxonne, une large place est faite aux concessions. Le rachat n'y apparaît que comme un moyen exceptionnel de mettre fin à celle-ci. Même dans les démocraties, on doit tenir compte chaque fois davantage de la primauté des services publics, et par suite le rachat y occupe une situation qui tend à augmenter d'importance.

Cependant, le rachat y conserve son caractère exceptionnel; il n'est atteint que dans la mesure où ces pays se trouvent contraints d'abandonner la thèse libérale et de recourir à une économie dirigée.

Dans les pays dits totalitaires, au contraire, dont l'organisation de l'Allemagne et de l'Italie nous offre les exemples les plus remarquables, l'industrie privée est englobée dans une économie nationale et perd toute originalité.

Tous les services d'intérêt général tendent à une nationalisation, moins pour des vues économiques que pour des vues politiques.

Là où des concessions continuent de fonctionner, il n'est point nécessaire, pour les soumettre aux vues de l'Etat, de les racheter. On dispose contre elles d'autres moyens de contrainte. Cependant, elles sont destinées à disparaître peu à peu; mais leur disparition ne s'effectuera point par le rachat, car elles ne doivent donner naissance à aucun profit au détriment de l'intérêt général.

L'avenir du rachat dépend donc de l'issue du conflit actuel et, suivant le triomphe de l'une ou de l'autre des doctrines qui se combattent, le rachat pourra jouer encore un rôle dans l'avenir, ou bien ne plus être qu'un souvenir historique.

Cependant, entre ces deux théories extrêmes, il existe peut-être une formule intermédiaire qui réside dans une collaboration entre l'Administration et les particuliers pour la gestion des services publics. C'est le système de l'économie mixte déjà organisé avant la guerre, dans lequel l'Administration apporte ses capitaux et le particulier, commerçant ou industriel, apporte son initiative, ses capacités, ses méthodes.

La raison de cette participation financière et administrative fut d'abord que le concours financier de l'autorité concédante aux concessionnaires de service public appelait non seulement un contrôle externe, mais aussi un contrôle interne, c'est-à-dire exercé du dedans.

Mais, peu à peu, cette raison devint un prétexte pour réaliser une main-mise administrative sur la société concessionnaire. Cela diminue d'autant le caractère privé de l'organisme concessionnaire au point qu'on peut arriver ainsi à avoir presque un service public en régie, mais organisé dans le cadre d'une société anonyme.

La société d'économie mixte était en faveur juste avant la guerre actuelle, car malgré la main-mise de l'autorité concédante, qui parfois en fait une régie, elle présente les avantages suivants qui justifiaient son maintien :

1° La régie exigeant que l'Etat fournisse la totalité des capitaux nécessaires à l'entreprise, cet effort peut être lourd pour l'administration; il peut donc être allégé par le concours des capitaux privés;

2° L'Administration a la possibilité, en limitant sa participation financière, de permettre aux particuliers des apports en capital social ou en prêts;

3° La société d'économie mixte permet seule l'association de l'Etat et des autres collectivités administratives

locales pour participer administrativement et financièrement à un service public;

4° Enfin, l'apport de société anonyme est favorable aux services publics concédés à cause du caractère commercial et industriel qu'ont généralement ces services.

Donc, par une lente et progressive évolution, l'exploitation de service public est passée du mode de la concession à la gestion en économie mixte. Pour arriver à ce résultat, il faut constater que le rachat n'a pas joué un rôle de premier plan, puisque l'Etat est parvenu à modifier le régime des services publics sans utiliser les clauses de rachat insérées dans les cahiers des charges. Pour ce faire, la puissance publique est entrée dans les sociétés concessionnaires en passant de nouvelles conventions avec elles (1).

Nous avons étudié à propos de la création de la S.N.C.F. de quelle manière opère l'Administration : la théorie selon laquelle la stabilité des contrats concernant les services publics peut être mise en cause, au cas où un bouleversement économique interdit la marche normale du service, permet que le concessionnaire se tourne vers le concédant et lui demande de l'aider : d'où concours financier et participation à la gestion.

Le rachat n'est donc plus le moyen normal de mettre fin à une concession; dans ces conditions, on peut dire qu'il n'est plus appelé à jouer le rôle qu'il a eu naguère; il suit en cela le sort des concessions de service public qui semblent subir un déclin à l'heure actuelle.

L'école libérale, en effet, avait vu dans l'économie mixte

(1) Loi du 16 octobre 1919 : Energie hydraulique. Loi du 27 mai 1931 : Compagnie Nationale du Rhône. Loi du 11 décembre 1932 : Compagnie Air-France. Loi du 20 juillet 1933 : Compagnie Transatlantique. Loi du 10 novembre 1941 : Office National des Pétroles d'Aquitaine.

une concession à l'intérêt général, mais s'était tout de même réjouie de voir que, dans cette nouvelle organisation, sa place était respectée, puisqu'on se servait de sa propre formule, la Société anonyme. Le socialisme y a vu de son côté un pas fait vers l'aboutissement de ses doctrines.

Cette forme de gestion des services publics sera-t-elle celle d'après-guerre ? Elle semble être le procédé le plus moderne et celui qui peut pallier le mieux aux inconvénients de l'économie libérale et de l'économie dirigée.

Le véritable avantage de cette formule, c'est de mettre en contact l'Administration publique et les représentants des intérêts privés, pour obvier aux malentendus qui peuvent se présenter. L'intérêt public et l'intérêt privé pourront ainsi avoir conscience réciproquement des besoins des uns et des autres.

La collaboration dans une sage proportion de l'Etat, usant de ses grands moyens, et des individualités plus souples, plus adaptées aux besoins des consommateurs, n'est-ce pas la formule la plus susceptible de rendre la prospérité à l'économie du pays ?

VU : *Le Doyen* :

G. RIPERT.

VU : *Le Président de la Thèse* :

A. MESTRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris :

G. GIDEL.

LEXIQUE DES ARRÊTS

	Pages
Conseil d'Etat, 30 mars 1864. — Société du Gaz de Bordeaux. Recueil Lebon, p. 128	6
Conseil d'Etat, 8 février 1878. — Pasquet. Recueil, p. 127	72
Conseil d'Etat, 8 août 1890. — Faillite de la Compagnie des Chemins de fer des Charentes. Recueil, p. 799	138
Conseil d'Etat, 25 mai 1894. — Chemins de fer des Charentes en faillite; syndic Lamoureux. Recueil, p. 368	139
Conseil d'Etat, 8 février 1901. — Compagnie de Bône-Guelma et prolongements. Recueil, p. 157	142
Conseil d'Etat, 22 janvier 1904. — Compagnie Genevoise du Gaz contre Ville de Menton. Recueil, p. 37	84
Conseil d'Etat, 20 janvier 1905. — Ville de Langres. Recueil, p. 55	72
Conseil d'Etat, 20 janvier 1905. — Compagnie Départementale des Eaux. Recueil, p. 60	74
Conseil d'Etat, 23 février 1906. — Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Lyon, avec conclusions de M. Saint-Paul, commissaire du gouvernement. Recueil, p. 172	29-31
Conseil d'Etat, 30 mars 1906. — Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. Recueil D. P., 1916, p. 215	74
Conseil d'Etat, 4 mars 1910. — Théron. Recueil, p. 194	6
Conseil d'Etat, 12 janvier 1912. — Compagnie Continentale du Gaz contre Ville de Lille. Recueil, p. 43	107
Conseil d'Etat, 14 juin 1912. — Mottet contre commune de Saint-Martin-de-Vésubie. Recueil, p. 676	107
Conseil d'Etat, 11 juillet 1913. — Compagnie des Chemins de fer Sud-France. Recueil, p. 856	118

	Pages
Conseil d'Etat, 22 mai 1914. — Bortet. Recueil, p. 628	72
Conseil d'Etat, 30 mars 1916. — Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux contre Ville de Bordeaux.	
Note de M. Hauriou. Sirey, 1916-III-17	4-71
Conseil d'Etat, 8 février 1918. — Société d'Eclairage de Poissy. Recueil D. P., 1918, p. 237	9
Conseil d'Etat, 26 mars 1920. — Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Rouen. Recueil, p. 336 ..	91
Conseil d'Etat, 16 décembre 1921. — Sieur Sassey contre Ville d'Auxerre. Recueil, p. 1062	2
Conseil d'Etat, 16 juin 1922. — Compagnie Générale des Eaux contre Ministre de la Marine et Ville de Toulon. Recueil, p. 521	165
Conseil d'Etat, 23 novembre 1923. — Compagnie du Gaz de Dôle contre Ville de Dôle. Recueil, p. 755	107
Conseil d'Etat, 6 novembre 1925. — Compagnie Géné- rale des Eaux. Recueil, p. 858	121
Conseil d'Etat, 24 mars 1926. — Compagnie Générale des Eaux contre Ville de Lyon. Note de M. Apple- ton. Dalloz, 1927-III-9	165
Conseil d'Etat, 9 janvier 1927. — Compagnie des Che- mins de fer départementaux des Bouches-du-Rhône contre Département des Bouches-du-Rhône	163
Conseil d'Etat, 30 novembre 1928. — Société Le Centre Electrique contre Ville de Châtellerault. Recueil, p. 1228	155
Conseil d'Etat, 22 février 1929. — Ville de Montdidier contre Roubinet. Recueil, p. 224	107
Conseil d'Etat, 10 mai 1929. — Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux contre Ville de Bordeaux. Recueil, p. 485	133-154
Conseil d'Etat, 24 avril 1931. — Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi contre Ville de Bordeaux. Recueil, p. 433	79-154
Conseil d'Etat, 9 décembre 1932. — Tramways de Cher- bourg. Sirey, 1933-III-9	151

	Pages
Conseil d'Etat, 14 juin 1933. — Compagnie des Tramways de Loir-et-Cher. Recueil, p. 619	113
Conseil d'Etat, 30 juin 1933. — Société Le Centre Electrique. Note de M. Mestre. Sirey, 1934-III-17	150
Conseil d'Etat, 7 juillet 1933. — Ville de Fère-en-Tardenois contre Société Greyson et Cie. Recueil, p. 750	105
Conseil d'Etat, 26 juillet 1933. — Société d'Eclairage Electrique de Bordeaux et du Midi. Recueil, p. 890	148
Conseil d'Etat, 27 février 1935. — Société des Eaux et du Gaz de Courtenay. Recueil, p. 256	79-110
Conseil d'Etat, 6 décembre 1935. — Ville de Bergerac contre Société du Gaz et d'Electricité de Bergerac. Recueil, p. 1148	107
Conseil d'Etat, 16 mars 1936. — Ministre des Finances contre Ville de Bordeaux. Sirey, 1936-III-57	158
Conseil d'Etat, 24 juin 1936. — Société Glace et Oxygène d'Amiens. Note de M. Mestre. Sirey, 1937-III-65..	97
Conseil d'Etat, 10 juillet 1936. — Ville de Boulogne contre European Gas Co Ltd. Recueil, p. 764	107
Conseil d'Etat, 25 novembre 1936. — Compagnie des Tramways du Loir-et-Cher contre Département du Loiret. Recueil, p. 1020	101
Conseil d'Etat, 17 novembre 1937. — Dame Veuve Bastit. Recueil, p. 940	165
Conseil d'Etat, 9 décembre 1938. — Département de Constantine contre Compagnie des Tramways de Bône à la Calle. Recueil, p. 925	147
Conseil d'Etat, 28 avril 1939. — Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest. Note de M. Jèze. Recueil D.P., 1940, p. 58	38
Conseil d'Etat, 14 juin 1939. — Sieur Gautheron contre Commune de Ménerville. Recueil, p. 395	90
Conseil d'Etat, 25 juillet 1939. — Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. Recueil, p. 521	132

BIBLIOGRAPHIE

- ASTRE. — *La clause de rachat*. Thèse, 1901.
- BERTHÉLEMY. — *Droit administratif*. 13^e édition, 1933.
- BLONDEAU. — *La concession de service public*. Thèse, Grenoble, 1929.
- BOISSONNADE. — *Le socialisme d'Etat*, 1927.
- BONNARD. — *Droit administratif*, 3^e édition, 1940.
- BOUGAULT. — *Le cahier des charges des distributions d'énergie électrique*. Grenoble. — *Législation des chutes d'eau*, 1919.
- BOURGUIN. — *Les systèmes socialistes et l'évolution économique*, 3^e édition, 1907.
- BOUVIER. — *Les régies municipales*. Paris, 1910.
- CHAMBRES DE COMMERCE. — *Le rachat des Chemins de fer devant les ...* Paris, 1900.
- CHRISTOPHE et AUGER. — *Traité des Travaux Publics*, 2^e édition, 1890.
- COMTE. — *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public*. Thèse, Paris, 1935.
- DEREUX. — *Etude juridique de la concession de Travaux Publics*. Thèse, Paris, 1896.
- DESBATS. — *Voies ferrées d'intérêt local. Commentaire de la loi du 31 juillet 1913*. Paris, 1914.
- DUPRÉ DE POMARÈDE. — *Le rachat de l'Ouest*. Thèse, Bordeaux, 1910.
- GARNOT. — *L'étatisme industriel*, Paris, 1920.
- GONNARD. — *Histoire des doctrines économiques*, 1941.
- GUYOT. — *La gestion par l'Etat et les municipalités*, 1913.

- GROS. — *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services concédés.*
- JAMES. — *Les formes d'entreprises.* Paris, 1935.
- JANSSE. — *Evolution de la notion de concession en matière de chemins de fer.* Thèse, Paris, 1924.
- JÈZE. — *Principes*, T. IV. — *Contrats administratifs*, T. I, 1936.
- LAFFITE. — *La S. N. C. F.* Thèse, Paris, 1939.
- LASKINE. — *Le Socialisme suivant les peuples*, Paris, 1920.
- MENGER (Anton). — *L'Etat socialiste*, 1934.
- MESTRE. — *Cours de droit administratif*, 1941-1942.
— *Le Mystère de l'article 29 de la loi du 16 octobre 1919.*
Dalloz hebdomadaire, 1937. Chronique P. 7.
- MICHAUD. — *La marche du socialisme.*
- MOCH. — *Socialisme et Rationalisation.* Préface de L. Blum, 1927.
- MONSARRAT. — *Concessions de communes*, 1920.
- MONTET. — *Socialisme municipal. — Des services publics dans la société future*, 1874.
- PIROU. — *Néo-libéralisme, Néo-corporatisme, Néo-socialisme*, 1940.
- REDEUILH. — *Nature juridique de la concession de service public.* Thèse, Bordeaux, 1925.
- RENAUDIN. — *Cours fait à l'Ecole des Sciences Politiques sur l'intervention de l'Administration dans la vie économique*, 1940-1941.
- RIEU. — *Nature juridique de la concession des Travaux publics.* Thèse, Paris, 1923.
- TAYOL. — *Incapacité industrielle de l'Etat.* Paris, 1921.
- TESTE. — *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, 1940.
- TÉTREAU. — *Les entreprises économiques des communes.* Paris, Thèse, 1931.
- WALINE. — *Droit administratif*, 2^e édition, 1939.
- WLASTIMIR S. BALITCH. — *Les entreprises d'Etat et la nationalisation des entreprises privées.* Thèse, Paris, 1940.

Dalloz Hebdomadaire.

Dalloz Périodique.

Journal Officiel.

Recueil Lebon.

Recueil Sirey.

Revue des concessions.

Revue de droit public.

Revue d'Economie Politique.

Revue Socialiste, 1900-1904-1908-1909-1913-1914.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
AVANTAGES DE LA CONCESSION	2
INCONVÉNIENTS	3

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS GÉNÉRALES	5
1 ^{re} Section. — L'Administration peut-elle mettre fin à tout moment au contrat de concession ?	5
2 ^e Section. — Idées dominantes pour la solution du problème	8
3 ^e Section. — Moyens de mettre fin à la concession ..	12
A. — Les raisons :	
1 ^o L'inaliénabilité du pouvoir étatique	12
2 ^o Le caractère exceptionnel de la concession.	13
3 ^o Les transformations du service	13
B. — La réalisation	14
NOTION DE RACHAT	14

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DE L'IDÉE DE RACHAT

CHAPITRE I^{er}. — APPARITION ET NAISSANCE DE L'IDÉE DE RACHAT 22

	Pages
CHAPITRE II. — LES CLAUSES DE RACHAT DANS LES CONCESSIONS DE CHEMINS DE FER	26
1 ^{re} Section. — Modification de la concession de chemins de fer	28
2 ^e Section. — Chemins de fer secondaires d'intérêt général et d'intérêt local	33
3 ^e Section. — Position du problème des chemins de fer jusqu'à la guerre de 1914-1918	35
4 ^e Section. — La convention du 23 juin 1921. et la modification du régime juridique des grandes concessions de chemins de fer	42
5 ^e Section. — La création de la S. N. C. F. en 1937.	45
CHAPITRE III. — ETUDE DE RACHATS OPÉRÉS PAR UNE LOI.	48
1 ^{re} Section. — Rachat des ponts à péage	48
2 ^e Section. — Rachat du réseau de Chemins de fer de l'Ouest	50
3 ^e Section. — Rachat des chemins de fer d'intérêt local et des tramways	53
CHAPITRE IV. — CLAUSES DE RACHAT DANS LES CAHIERS DES CHARGES	55
1 ^{re} Section. — Concessions de tramways	55
2 ^e Section. — Concessions de chutes d'eau	56
3 ^e Section. — Distributions d'énergie électrique ..	58
4 ^e Section. — Distribution d'éclairage par le gaz ..	60
CHAPITRE V. — EVOLUTION HISTORIQUE DE L'IDÉE DE RACHAT	63
1 ^{re} Section. — La notion de rachat des concessions au XIX ^e siècle	63
2 ^e Section. — La notion de rachat des concessions à l'époque contemporaine	65

DEUXIÈME PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU POUVOIR DE RACHAT

CHAPITRE I ^{er} . — ETUDE DE LA NATURE JURIDIQUE DU POUVOIR DE RACHAT	69
1 ^{re} Section. — Définition du pouvoir de rachat	69
2 ^e Section. — Le rachat et la résiliation facultative de la concession de service public ..	71
3 ^e Section. — Le rachat et l'expropriation pour cause d'utilité publique	75
4 ^e Section. — Le rachat et le contrat de vente	78
CHAPITRE II. — RÈGLES D'EXERCICE DU POUVOIR DE RACHAT.	83
1 ^{re} Section. — Le silence du contrat	83
a) Le droit de rachat ne peut pas être écarté par le contrat	87
b) L'Administration ne possède ce pouvoir de rachat que s'il est exercé dans le but en vue duquel il existe	89
2 ^e Section. — Le moment du rachat	90
3 ^e Section. — L'autorité compétente	91

TROISIÈME PARTIE

LA LIQUIDATION DE LA CONCESSION

CHAPITRE I ^{er} . — L'OBJET DU RACHAT	101
1° Rachat total	101
2° Les entreprises annexes	102
CHAPITRE II. — LA LIQUIDATION DE LA CONCESSION	103
1 ^{re} Section. — Les installations et le matériel	103
2 ^e Section. — Le règlement des rapports financiers..	112

	Pages
CHAPITRE III. — L'INDEMNITÉ DE RACHAT	116
1 ^{re} Section. — Le fondement de l'indemnité	116
2 ^e Section. — Le calcul de l'indemnité	121
Exemple de fixation de l'indemnité	124
A. — Rachat amiable	125
B. — Rachat d'office	126
3 ^e Section. — Le montant de l'indemnité	130
1° L'indemnité en capital	130
2° L'indemnité en annuités	134
Exemple de calcul de l'indemnité en annuités....	135
A. — Rachat avant les 15 premières années..	135
B. — Rachat après les 15 premières années..	139
3° L'indemnité de rachat et la théorie de l'impré- vision	149
4 ^e Section. — Questions que pose la liquidation de la concession	156
1° L'impôt sur le revenu des créances est-il exi- gible sur l'annuité de rachat?	156
A. — Une concession n'est pas de la nature juridique d'un fonds de commerce	157
B. — Le rachat ne s'analyse pas en une vente.	160
C. — Sauf stipulation expresse, une annuité de rachat ne comporte pas d'intérêts	160
2° Obligations du concédant résultant du rachat.	162
CONCLUSION	167
LEXIQUE DES ARRÊTS	175
BIBLIOGRAPHIE	179

PARIS

18 357. — IMPRIMERIE GÉNÉRALE LAHURE

9, rue de Fleurus.

